

Kontraktsregulering av domstolens kompetanse ved elektronisk handel

Kompetansemuligheter og –begrensninger i EUs rådsforordning nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om domstolenes kompetanse og om anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser på det sivile- og handelsrettslige området artiklene 5.1 og 23

Kandidatnummer: 116

Veileder: Georg Philip Krog

Leveringsfrist: 1. juni 2006

Til sammen 39972 ord

16.05.2006

Innholdsfortegnelse

KANDIDATNUMMER: 116	I
TIL SAMMEN 39972 ORD	I
INNHALDSFORTEGNELSE	I
<u>1</u> <u>INNLEDNING OG PRESENTASJON AV OPPGAVENS TEMA</u>	<u>1</u>
1.1 Oppgavens tema	1
1.2 Scenario og forutsetninger	5
1.3 Avgrensninger	6
1.4 Definisjoner og forklaringer	7
1.5 Tekniske metoder for avgrensning som kan bidra til å sikre at Brf art. 5.1 og 23 kommer til anvendelse	8
1.6 Kort om reguleringen i EU	10
<u>2</u> <u>KORT OM SYSTEMET I BRF</u>	<u>12</u>
2.1 Kort om formålet med Brf og EFDs metode	12
2.2 Hovedregelen i Brf art. 2	15
2.3 Unntak fra Brf art. 2	16
2.3.1 Påbud som den nasjonale domstol plikter å følge ved anvendelsen av art. 23 og art. 5	17
2.3.2 Hvilken virkning får det at domstolen ikke overholder sine plikter?	20
2.3.3 Oppsummering	20

<u>3</u>	<u>BETINGELSER FOR ANVENDELSEN AV BRF ART. 23.1A OG 23.2 VED ELEKTRONISK HANDEL</u>	<u>21</u>
3.1	Materielle betingelser	23
3.1.1	Krav til kriteriene som utpeker domstolen i vernetingsavtalen	24
3.1.2	Krav til at vernetingsavtalen begrenses til et bestemt rettsforhold	27
3.1.3	Krav til eksklusivitet	31
3.1.4	Krav til derogasjonsavtaler	33
3.1.5	Virkningen av at de materielle kravene ikke er overholdt	34
3.2	Formkrav	35
3.2.1	Begrunnelse og utgangspunktet for tolkningen av formkravene	36
3.2.2	Krav til skriftlighet	39
3.2.3	Krav til skriftlig inngåelse jf. art. 23.1 a	54
3.2.4	Virkningen av vernetingsavtaler som ikke oppfyller formkravene	74
<u>4</u>	<u>BETINGELSER FOR ANVENDELSEN AV BRF ART. 5.1 NÅR OPPFYLLELSESSTEDET FØLGER AV AVTALE</u>	<u>75</u>
4.1	Avtaler om oppfyllelsesstedet	76
4.2	Krav til tilknytning	80
4.2.1	Innholdet i kravet til nær tilknytning	81
4.2.2	Kravet til tilknytningen mellom saken og domstolen for anvendelsen av art. 5.1	83
4.2.3	Kravet til nær tilknytning når oppfyllelsesstedet følger av avtale	87
4.2.4	Innholdet i kravet til nær tilknytning når oppfyllelsesstedet følger av avtale	90
4.3	Krav til god rettspleie	102
4.3.1	Innholdet i kravet til god rettspleie	103
4.3.2	Kravet til god rettspleie ved elektronisk handel.	107
4.3.3	Oppsummering.	113
4.4	Krav til å unngå uforenelige avgjørelse	114
4.5	Krav til forutberegnlighet	116
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>119</u>

<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>121</u>
6.1	Litteraturliste	121
6.2	Avgjørelser fra EF-domstolen	125
6.3	Offisielle rapporter til Brüssel- og Luganokonvensjonene	129
6.4	Forarbeider til Brf	130
6.5	Direktiver, forordninger og protokoller fra EU	131
6.6	Konvensjoner og traktater	132
6.7	Norske lover	134
6.8	Nasjonale forarbeider	134
6.9	Nettsider	134
6.10	Andre dokumenter	134
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning og presentasjon av oppgavens tema

1.1 Oppgavens tema

Temaet for avhandlingen er parters adgang til i kontrakt å regulere domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre grenseoverskridende tvister i forbindelse med handel over Internett.¹ Drøftelsene vil i hovedsak knyttes til EUs rådsforordning nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om domstolens kompetanse og om anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser på det sivile- og handelsrettslige området artiklene 5.1 og 23.² (I det følgende ”Brf” eller ”Forordningen”).)

Hovedproblemstillingen er om, og på hvilken måte, partene i en kontrakt som inngås og oppfylles over Internett, i henhold til Brf art. 5.1 og 23, kan forhåndsregulere domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist i tilknytning til kontrakten. Avhandlingen vil således drøfte partenes autonome kompetanse til å avgrense suverene staters potensielt

¹ Med domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist mener jeg den evne en domstol har til å gi, fastsette, endre eller oppheve generelle eller individuelle normer som er bindende for andre personer. I det følgende vil jeg også anvende begrepet ”domstolsjurisdiksjon”.

Med grenseoverskridende tvister mener jeg tvister som oppfyller kravet til ”internasjonal tvist” se kap. 1.3 med henvisninger.

² Min oversettelse fra den danske teksten. Heretter vil jeg benytte forkortelsen Brf eller Forordningen. I denne avhandlingen vil jeg som utgangspunkt benytte meg av den danske utgaven av forordningen. I Norge avgjøres spørsmålet om domstolens internasjonale kompetanse i forhold til statene i EU og EFTA, samt mellom EFTA-statene av Luganokonvensjonen.

I samtale med Ingeborg Olebakken i Justitsdepartementet 29.05.06 kom det frem at det har pågått uoffisielle samtaler mellom EU, representert ved Kommisjonen, og EFTA-staene for å bringe reglene i Luganokonvensjonen i overensstemmelse med reglene i Brf. Det er antatt at endringsforslag vil foreligge til høsten 2006. Reglene i Brf vil derfor presumptivt gi et bilde av den fremtidige rettstilstanden i Norge etter eventuelle endringer i Luganokonvensjonen. Dette er bakgrunnen for valget av å behandle reglene i Brf og ikke reglene i Luganokonvensjonen.

konkurrerende rettsystemer, og samtidig eksklusivt tilordne en bestemt domstol kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist som kan oppstå i et bestemt kontraktsforhold som har samme gjenstand, hviler på samme grunnlag og som reises mellom de samme parter.

Bakgrunn for avhandlingens tema. Det foreligger ikke i dag noe felles globalt regelsystem som regulerer domstolenes kompetanse til å avgjøre internasjonale tvister.³ De enkelte staters rettsystemer angir i utgangspunktet selv domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist (suverenitetsprinsippet).⁴ Ettersom en tvist kan ha tilknytning til flere stater, kan flere staters kompetanseregler få anvendelse på en tvist som har samme gjenstand, grunnlag og parter. Reglene i de enkelte statene kan være forskjellige.

Dette fører i hovedsak til to problemer:

For det første kan flere staters domstoler konkurrere om å realitetsavgjøre tvisten. Dette kalles også for positive kompetansekonflikter. Ettersom de forskjellige domstolene kan ha ulike lovvalsregler kan dette føre til at de forskjellige domstolene vil anvende forskjellige regler for å avgjøre tvisten. For det tilfellet at domstolene skulle anvende de samme reglene for å avgjøre tvisten, vil de uansett kunne vurdere et og samme tilfelle forskjellig og derav treffe forskjellige avgjørelser.

Mangelen på uniforme jurisdiksjonsregler kan for det andre føre til at flere staters rettssystemer parallelt avviser å tilordne sine domstoler kompetanse til å behandle en og samme tvist (negativ kompetansekonflikt).⁵ En slik situasjon vil kunne føre til økte

³ Dette kan sees i sammenheng med at Haagkonvensjonen om internasjonal domstolsjurisdiksjon i sivile og kommersielle saker ikke fikk tilstrekkelig tilslutning. Arbeidet med en ny konvensjon som regulerer vernetingsavtaler ble ferdigstilt i 2005.

⁴ Se Ruud/Ulfstein s. 20. De normene denne evnen blir fastsatt på bakgrunn av kalles gjerne kompetansenormer. Se Eckhoff/Sundby s. 83. Man kan skille mellom *autonom* kompetanse som er evnene til å binde seg selv ved et dispositivt utsagn og *heteronom* kompetanse som er evnen til å fastsette normer for andre. Det er den siste som er relevant for domstolenes kompetanse. Se Eckhoff/Sundby s. 85.

⁵ Særlig vil dette være tilfelle når et rettssystem anvender regelen om *forum non conveniens*. Se Krog (2005) kap. 3.

saksomkostninger ved at en stats kompetanseregler henviser til en annen stats domstoler som igjen henviser til en tredje stat. Videre vil mangelen på uniforme jurisdiksjonsregler kunne føre til at det ikke finnes en domstol som er kompetent til å avgjøre tvisten.

De to nevnte problemene har fått økt betydning ved utbredelsen av kommunikasjons- og informasjonsverktøyet Internett⁶: Den internasjonale privatretten har tradisjonelt definert både lovvalget og domstolsjurisdiksjonen gjennom territorielle tilknytningspunkter som er fysiske, personelle eller immaterielle. Internett er imidlertid ikke territorielt avgrenset. Når digitalisert informasjon legges ut på Internett, spres den utover et verdensomspennende nettverk, der det kan være vanskelig å lokalisere relevante tilknytningspunkter.

Informasjonen vil bli transportert gjennom, og kan lastes ned i, flere forskjellige stater. Dette er egnet til å skape en usikkerhet i forhold til domstolenes kompetanse ved tvister i tilknytning til informasjon som er spredt gjennom Internett. Denne usikkerheten er ikke minst av betydning for det stadig økende antall aktører som driver handel over Internett. Her som på andre markedsplasser kan det imidlertid oppstå tvister som partene ønsker løst ved en domstol. Usikkerheten i forhold til domstolskompetanse kan være av stor betydning for partene. Det antas å være vanskeligere og mer kostnadskrevenende å måtte føre en rettssak i utlandet enn i en stat hvor man er vant til å operere. Kostnadene kan for eksempel knytte seg til logistikk eller problemer i forhold til språket domstolen anvender. I tillegg skapes det en usikkerhet ved at de enkelte domstoler i utgangspunktet anvender nasjonale lovvalsregler, noe som igjen kan føre til en økt risiko for å tape rettssaken fordi de anvendte kontrakter på bakgrunn av den anvendelige rett kan gi rettigheter og plikter som partene ikke hadde forutsett på tidspunktet for inngåelse av kontrakten.

For partene i en kontrakt om elektronisk handel er det derfor av stor betydning å kunne forutberegne hvilken domstol som er kompetent til å realitetsavgjøre en tvist. Dette illustreres av en meget omfattende undersøkelse fra 2004 gjennomført av American Bar Associations Underutvalg om Cyberspace Jurisdiction sammen med International Chamber

⁶ For en innføring se Maribu ”Internett – alt du trenger å vite om Web, e-post, diskusjonsgrupper og søking etter informasjon”.

of Commerce blant bedrifter i Europa, Asia og USA vedrørende de rettslige implikasjoner som handel over Internett medfører.⁷ Undersøkelsen viste blant annet at de deltagende bedrifter mente at et av de største problemene ved elektronisk handel var risikoen for å måtte møte for en utenlandsk domstol. Denne frykten må bl.a. sees på bakgrunn av usikkerheten som den manglende globale lovgivningen skaper.

Et av formålene med vedtagelsen av Brf har vært å avbøte de problemer som oppstår når flere staters rettsystemer tilordner kompetanse til forskjellige domstoler. Forordningen vedtar et uniformt rettslig normgrunnlag innad i EU for å avgjøre domstolskompetanse i saker som har en internasjonal karakter. Brf kan sees på som et utslag av en utvikling mot økt internasjonalt samarbeid ved utviklingen av den internasjonale privatretten.⁸

Et annet utviklingstrekk som kan trekkes frem er den økende tendensen til å anvende partsautonomien for å tilordne domstolene kompetanse.⁹ Tradisjonelt har domstolens kompetanse utelukkende blitt fastsatt av lovgiver. I takt med den økende tendensen til privatisering av samfunnslivet har man også for reglene om domstolskompetanse overlatt mer av beslutningsmyndigheten til de private partene i et kontraktsforhold. Som vi skal se gjør Brf art. 5.1 og 23 det mulig for partene i en kontrakt som inngås og oppfylles over Internett å anvende partsautonomien til å tilordne kompetanse til en bestemt domstol, samtidig som det avgrenses mot å tilordne kompetanse til andre domstoler.

I Brf art. 23 gjøres dette gjennom at partene gis mulighet for å avtale vernetting direkte, mens Brf art. 5.1 gir partene anledning til å avtale oppfylleelsesstedet for kontrakten.

⁷ Undersøkelsen ble fortatt av The American Bar Associations Business Law Section, Cyberspace law Committee, International Chamber of commerce and Internet law and Policy Forum.

⁸ Nevnes kan også samarbeide som pågår i "The Hauge Conference on Private International Law", samt Luganokonvensjonen.

⁹ Se også Brand s. 3flg. Partsautonomien vil få en økt innflytelse på reglene om domstolenes kompetanse dersom *The Convention on Exclusive Choice of Court Agreements* som ble vedtatt i juni 2005 av *The Hauge Conference on Private International Law* blir anerkjent av et tilstrekkelig antall stater.

Gjennom å avtale oppfylleelsesstedet utpekes en kompetent domstol indirekte. Ved å avtale vernetingset, direkte jf. art. 23 eller indirekte jf. art. 5.1, kan partene unngå problemene som oppstår ved at flere domstoler konkurrerer om å utøve kompetanse over en tvist i tilknytning til kontraktsforholdet, samtidig som partene kan forutberegne hvilken domstol som blir tilordnet kompetanse.

Videre i avhandlingen vil jeg på denne bakgrunn behandle følgende spørsmål:

For det første, hvilke materielle krav må den elektroniske avtalen om vernetingset må oppfylle jf. art. 23? For det andre, hvilke formkrav må partene oppfylle for at den elektroniske vernetingsavtale skal være inngått jf. art. 23.1a. For det tredje vil jeg drøfte hvilke krav som må være oppfylt for å rettferdiggjøre anvendelsen av art. 5.1 i tilfeller hvor partene har avtalt et oppfylleelsessted for en forpliktelse etter en kontrakt som oppfylles over Internett.

1.2 Scenario og forutsetninger

Avhandlingen tar utgangspunkt i et tenkt tilfelle hvor en tilbyder av en digital ytelse ønsker å inngå en avtale om salg av ytelsen. Avtalen inngås og oppfylles over Internett. Et av tilbyderens mål er å kontrollere hvordan han stiller den digitale ytelsen til rådighet for allmennheten. Tilbyderens strategier er blant annet regulert og styrt av de internasjonale domstolskompetansenormene. Han ønsker å kunne forutse hvor en eventuell rettssak vedrørende en mangel ved ytelsen kan reises. Avhandlingen vil særlig fokusere på hvordan tilbyderen, ved hjelp av vernetingsavtaler og de materielle kontraktvilkårene, kan tilordne og avgrense kompetanse mellom ulike domstoler før det oppstår en rettstvist.¹⁰ Det forutsettes at tilbyderen kommer i kontakt med kjøper ved bruk av en nettside. Det forutsettes videre at tilbyderen selger programvare. Tilbyder forplikter seg gjennom kontrakten til å overføre programvaren over Internett til kjøper. Avtaleklausulene er utarbeidet av tilbyder før avtalen inngås.

¹⁰ Det avgrenses derfor også mot en behandling av Brf art. 24.

1.3 Avgrensninger

Av hensyn til oppgavens lengde er det nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger.:

Brf art. 1 I det følgende vil jeg forutsette at det foreligger en tvist på det sivile- eller handelsrettslige området mellom tilbyderer og en annen part. Jeg vil avgrense mot behandlingen av Brf art. 1 som vilkår for kompetanse.¹¹

Internasjonal tvist. Brf inneholder ikke noen uttrykkelig begrensning til tvister eller saksforhold som har en internasjonal karakter. En slik begrensning ble imidlertid innfortolket i Brk og antas også å gjelde for Brf.¹² Det sies gjerne at tvisten må ha et internasjonalt element. Hva som kreves for at kravet skal være oppfylt må avgjøres konkret. Det forutsettes i det følgende at det foreligger en internasjonal tvist. Det avgrenses derfor mot en behandling av kravet til at tvisten må være av internasjonal karakter.¹³

Avtale. Jeg vil videre forutsette at det foreligger en avtale om oppfyllelsesstedet jf. art. 5.1 og om verneting jf. art. 23 som er gyldig inngått etter *lex causae*.¹⁴ På denne bakgrunn drøfter jeg ikke hvordan avtaler inngås over digitale elektroniske nettverk for eksempel ved bruk av elektroniske agenter.¹⁵ Jeg avgrenser også mot en generell behandling av avtaletolkning.

¹¹ For en nærmere behandling se Pålsson (2002) s. 51-61.

¹² Jf Schlosser s.123, pkt. 175, Jenard s. 38. Vilkåret spiller stort sett kun en rolle ved vernetingsavtaler. For en behandling av vilkårets innhold se bl.a. Kaye s. 216-226, O'Malley s. 552-553, Phillip s. 78, Pålsson s. 61-62 og Gjelsten s. 30flg.

¹³ Når det gjelder Brf. art. 5.1 vil jeg kort nevne at det internasjonale element knytter seg til at partene enten må være bosatt i forskjellige stater eller så må oppfyllelsesstedet ligge i en annen stat enn der partene er bosatt. For Brf art. 23 sitt vedkommende er det klart at tvisten oppfyller kravet til internasjonal karakter dersom partene er bosatt i forskjellige stater. Problemet oppstår først der partene er bosatt i samme stat og har avtalt verneting i en annen stat. Se nærmere Pålsson s. 183 flg.

¹⁴ For en generell innføring i avtaleinngåelse over elektroniske nettverk se Forder/Quirk kap. 3.

¹⁵ For en generell innføring i det rettslige rammeverket rundt elektroniske agenter se Bing /Sertor og Forder/Quirk s. 78 flg.

Forbrukerforhold. I følge Brf art. 15 bestemmes domstolens kompetanse i mange tilfeller i saker om avtaler inngått med forbrukere av spesielle regler i Brf Avdeling 4 og fra reglene i Brf art. 5.1 og 23. Det er særlig Brf art. 15.1 c og pkt. 2 som begrenser anvendelsen av Brf art. 5.1 og art. 23 ved elektroniske handel med digitale produkter. For vernetingsavtaler spesielt, inneholder Brf art. 17 en spesialregel som begrenser muligheten til å inngå vernetingsavtaler som ikke er til fordel for forbrukeren.

Oppgaven avgrenses derfor til å omhandle avtaler inngått mellom næringsdrivende og mot en behandling av avtaler inngått med forbrukere.¹⁶

Bopel. Ettersom det etter Brf art. 5.1 er et vilkår at saksøkte har bopel innenfor EU og at det etter Brf art. 23 er et vilkår at en av partene har bosted innenfor EU forutsettes det videre at saksøkte har bosted i EU.¹⁷

Gjenstand. For at bestemmelsene i Brf art. 5.1 og 23 skal komme til anvendelse må den foreliggende saken falle under en i den enkelte bestemmelse nærmere bestemt saksgjenstand. Artikkel 5.1 får kun anvendelse på *”sager om kontraktsforhold”* og art. 23 kommer kun til anvendelse når partene i saken *”har aftalt at en ret eller retterne i en medlemsstat skal være kompetent til at påkende allerede opståede tvister i anledning af et bestemt retsforhold”*. Jeg vil avgrense mot en nærmere behandling av denne siden av bestemmelsene.¹⁸

1.4 Definisjoner og forklaringer

- Elektronisk handel (”E-handel”) vil i denne avhandlingen bli brukt om handelsavtaler som blir inngått og oppfylt elektronisk over Internett.

¹⁶ For en nærmere behandling av reglene om internasjonal domstolskompetanse i forbrukersaker se Foss/Bygrave s. 99-138 og Krog(2004).

¹⁷ Nærmere Pålsson s. 86-92.

¹⁸ Nærmere om saksgjenstand for art. 5.1 se Hertz s. 68flg, Kaye s. 490-501 og O’Malley/Layton s. 390-395.

- Konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager vil i det følgende enten bli betegnet som Brüsselkonvensjonen eller som Brk.
- EF-domstolen vil i det følgende bli omtalt som EFD.
- Lex fori vil betegne loven i staten der domstolen har sitt sete.
- Lex causae vil i avhandlingen betegne rett som etter lovvalgsreglene i lex fori skal anvendes for å avgjøre tvisten.

1.5 Tekniske metoder for avgrensning som kan bidra til å sikre at Brf art. 5.1 og 23 kommer til anvendelse

Som jeg har vist over kommer reglene som åpner for kontraktsregulering av domstolens kompetanse i Brf 5.1 og 23 bare til anvendelse i saker som kommer opp for domstoler i stater innad innenfor EU. Det er derfor av betydning for tilbyderer i størst mulig grad å unngå interaksjon med personer i stater utenfor EU, samtidig som det åpnes for interaksjon med personer i stater innenfor EU. Interaksjonen over nettsiden må videre avgrenses til næringsdrivende. Dette fordi Brf som nevnt beskytter forbrukere med tvingende regler som i stor grad unntar fra muligheten for kontraktsregulering som gis i art.5.1 og 23. Disse formål kan ved e-handel oppnås ved en kombinasjon av geo-lokaliseringsverktøy, selvidentifisering og digitale sperrer, samt ved en naturlig selvregulering.¹⁹

Et geo-lokaliseringsverktøy er i denne sammenheng et dataprogram som blir å benytte for å klargjøre den geografiske plasseringen av motparten i ved en overføring av elektroniske meddelelser over Internett.²⁰ En teknikk er å benytte IP-adressen for å lokalisere motparten. Når motpartens geografiske lokaliseringer klarlagt vil tilbyder kunne utelukke videre interaksjon med personer utenfor EU og åpne for interaksjon med personer innenfor EU. For å gjøre utvelgelsen av hvilke stater tilbyderer ønsker å interagere med enklere kan geo-

¹⁹ Se også Krog (2005) s. 249flg

²⁰ Flere selskaper tilbyr slike geo-lokaliseringsverktøy. Eksempler er bl.a: Geo-bytes, Active Target og MaxMind. For mer informasjon om geo-lokaliseringsverktøy se Svantesson s. 101 – 139.

lokaliseringsverktøyene kombineres med en digital sperre. Den digitale sperren opptrer som et filter som blokkerer for interaksjon fra brukere i stater utenfor EU, samtidig som brukere innenfor EU positivt tillates å interagere. Slike digitale sperrer er tillatt i de fleste rettssystemer.

Når tilbyderer gjennom geo-lokaliseringsverktøyet i kombinasjon med den digitale sperren har klarlagt motpartens geografiske lokalisering og tillatt interaksjon har han behov for å klargjøre om motparten opptrer i egenskap av forbruker eller næringsdrivende. En slik klargjøring kan foretas ved at det anvendes en prosedyre for selvidentifisering.²¹ Ved selvidentifiseringen må motparten oppgi om han interagerer i egenskap av forbruker eller næringsdrivende. Dersom det i selvidentifiseringen oppgis at brukeren er forbruker, avviser og forbyr tilbyderer ved bruk av en digital sperre videre interaksjon med nettsiden og unngår derigjennom å inngå kontrakt med forbrukeren. Dette øker sikkerheten for at art. 5.1 og 23 kommer til anvendelse. Selvidentifiseringen kan også benyttes for å unngå interaksjon med stater utenfor EU. Ved selvidentifisering oppstår en rekke spørsmål knyttet til plikten til selvidentifisering og virkningen av selvidentifisering. For eksempel kan det bli spørsmål hvilken virkning det skal ha at det oppgis manglende eller falske opplysninger i selvidentifiseringsprosessen. Jeg vil ikke her behandle disse spørsmålene.

Avgrensningen av stater og personer kan også skje ved en naturlig selvregulering. Brukeren vil da utelukke seg selv fra videre interaksjon på bakgrunn av innholdet på og utformingen av nettsiden. Dette kan for eksempel oppnås gjennom direkte informasjon på nettsiden om hvilke stater og personer man ønsker å interagere med. Slik avgrensning kan også foretas indirekte ved at nettsiden utformes på en slik måte at den naturlig henveder seg til bestemte stater og personer for eksempel gjennom informasjonens innhold eller språket som benyttes.²²

²¹ Krog (2005) s. 260. Selvidentifisering kan også anvendes for å unngå at umyndige interagerer med nettsiden.

²² Krog(2005) s. 262 Et eksempel på slik selvregulering kan finnes på www.cdon.com hvor man for å benytte siden må svare på hvilket land man interagerer fra. Et annet eksempel kan finnes på www.mp3.com hvor man

I hvilken grad slike metoder vil ha den tilsiktede avgrensede virkning er usikkert. Geo-lokaliseringsverktøyene kan i dag som oftest enkelt omgås ved bruk av ulike tekniske verktøy som anonymiserer brukeren eller utstyrer denne med falske opplysninger om lokalisering.²³ I tillegg er geo-lokaliseringsverktøyene i dag ikke pålitelige. Når det gjelder selvidentifiseringen er som nevnt virkningen av uriktige og falske opplysninger usikker noe som medfører at forutberegnligheten i forhold til reglene om domstolskompetanse svekkes. Heller ikke en naturlig selvregulering vil gi noen garanti mot at tilbyderer gjennom interagerer med uønskede stater eller personer. Kombinasjonen av metodene vil imidlertid dempe risikoen for slik interaksjon betydelig og på den måten gjøre konsekvensene av kontraktsreguleringen av domstolens kompetanse mer forutberegnlig.

1.6 Kort om reguleringen i EU

Et av formålene med vedtagelsen av Brf, har som nevnt vært å avbøte de problemer som oppstår når flere staters rettsystemer gir kompetanse til forskjellige domstoler ved å vedta et uniformt rettslig normgrunnlag som avgjør konflikter om domstolskompetanse. I 1968 inngikk de opprinnelige EF-statene Brüsselkonvensjonen. Konvensjonen, som var et ledd i gjennomføringen av fire friheter, hadde til formål å forenkle prosedyren med fullbyrdelse og anerkjennelse av dommer mellom EF-statene for å oppfylle EF-traktatens art. 220 om forenkling av prosedyren ved anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer mellom medlemslandene.²⁴ Brüsselkonvensjonen har sin parallell i Luganokonvensjonen som regulerer jurisdiksjonsspørsmålene mellom EFTA-landene (Island, Sveits og Norge) og EU. De to konvensjonene har fungert godt. Det ble imidlertid etter hvert klart at tekstene var beheftet med en del svakheter.

må gjennomføre en registrering før videre interaksjon tillates. Ved registreringen må man bl.a. oppgi postnummer.

²³ Eksempelvis programmer som "The Cloack" web:www.the-cloack.com sistbesøkt og "Anonymouse" web:www.anonymouse.org. For en kort innføring i hvordan disse verktøyene fungerer se www.svantesson.org/svantesson4geocircum.htm

²⁴ Se preamblet til Brk.

Etter forslag fra en arbeidsgruppe som ble nedsatt av Europarådet, ble Brüsselkonvensjonen (men ikke Luganokonvensjonen) den 1. mars 2002 erstattet av Brf. Forordningen hadde også som formål å regulere prosedyrene for fullbyrdelse og anerkjennelse av dommer mellom medlemslandene, samt å regulere litispendensspørsmål medlemsstatene i mellom.²⁵ Etter at Amsterdamtraktaten trådte i kraft 1 mai 1999 ble det sivilrettslig arbeidet overført fra den mellomstatlige tredje pilaren til det fellesskaplige samarbeidet i pilar en. Jurisdiksjonsreglene ble vedtatt som Forordningen og er derfor direkte anvendelige innad i medlemsstatene.²⁶ Etter Danmarks inntreden i Brf omfatter nå jurisdiksjonsreglene alle statene i EU.

Vedtagelsen av Brf må sees i sammenhengen med utbredelsen av elektronisk handel. Dette kommer ikke direkte til uttrykk i Forordningen, men kan klart sees i forarbeidene til Forordningen.²⁷

Artikkelnummereringen er i stor grad den samme i Brf og Brüsselkonvensjonen. Artikkel 5.1 i Brüsselkonvensjonen tilsvarer art. 5.1 i Brf. Når det gjelder reglene om vernetingsavtaler er imidlertid nummereringen endret; I Brüsselkonvensjonen finnes reglene i art. 17, mens de i Brf er inntatt i art. 23. Jeg nevner dette for å unngå forvirring ettersom den praksis fra EFD som drøftes i avhandlingen i tilknytning til vernetingsavtaler dreier seg om seg om Brf art. art. 17. Forøvrig har dette ingen juridisk relevans.

²⁵ Se fortalen til Brf pkt. 2 og 15. Vedtagelsen av Brf må sees i sammenheng med Romakonvensjonen som innfører felles lovvalsregler innad i EU.

²⁶ Se EF-traktaten art. 249. Alternativet hadde vært å vedta reglene som et direktiv. Da hadde imidlertid statene måttet innarbeide reglene selv i statens rettssystem. Dette kunne ha ført til at reglene hadde blitt ulike mellom statene, noe som hadde svekket et av hovedformålene med reglene om domstolsjurisdiksjon, nemlig å skape uniforme regler om domstolsjurisdiksjon innad i EU. Se fortalen til Brf pkt. 2.

²⁷ Særlig i Wallis-betænkning og KOM(2000)689.

2 Kort om systemet i Brf

2.1 Kort om formålet med Brf og EFDs metode

Etter den såkalte Luxembourgprotokollen var EF-domstolen tildelt kompetanse til å avgjøre tolkningsspørsmål om Brk og dens tolkninger ble lagt til grunn i andre konvensjonsstater.²⁸ Ettersom Brf ble vedtatt som en forordning følger nå denne kompetansen direkte av den konsoliderte utgaven av EF-traktaten art. 234. Fordi det er EFD som har kompetanse til å tolke reglene i Brf bør den fortolkningsstil som EFD legger til grunn skal følges av de nasjonale domstoler.²⁹ Det er derfor av vesentlig betydning å klarlegge hvilke retningslinjer domstolen forholder seg til ved fortolkningen av Forordningen og dette vil være utgangspunktet for avhandlingen.

EFD har enda ikke behandlet noen saker etter Brf. Det kan derfor det spørres om rettspraksis som omhandlet Brüssel- og Luganokonvensjonene er relevant for tolkningen av reglene i Brf.³⁰ Reglene i Brf er i hovedsak de samme som i Brk. I fortalen til Brf uttales det i pkt. 19 at ”...kontinuitet bør gælde med hensyn til De Europeiske Fællesskabers Domstols fortolkning av Bruxelles-konventionen,...”. Dette antas derfor at uttalelser avgitt i forbindelse med Brk fortsatt vil ha relevans for fortolkningen av Brf.³¹

I utgangspunktet er metoden som anvendes av EFD ved fortolkningen av Brk den samme som på andre områder i EU-retten. Av hensyn til avhandlingens lengde vil jeg derfor ikke ta for meg den generelle rettskildelæren i EU.³² Et særtrekk som kan nevnes er rapportene

²⁸ Protocol on the interpretation by the Court of Justice on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters, signert i Luxembourg 03.06.1971 (Official Journal 1990 C 189, s. 25)

²⁹ Se Arnt Nielsen s. 142

³⁰ Kompetansen til å tolke Forordningen følger nå direkte av den konsoliderte EFT art. 234.

³¹ Så vidt kjent har EFD enda ikke behandlet en sak i tilknytning til Brf

³² For en nærmere innføring i rettskildelæren i EU se: Finn Arnesen ”Introduksjon til rettskildelæren i EF”, tredje utgave, IUSEF nr. 2, Oslo 1995. For en kort innføring i EFDs metode i tilknytning til Brk se Øren s. 46 flg.

som er utarbeidet i tilknytning til Brk og Luganokonvensjonen.³³ EFD har aktivt benyttet disse rapportene i sin fortolkning av Brk.³⁴ Ettersom reglene i Brf skal videreføre Brk, er det grunn til å tro at EFD også i fremtiden vil legge vekt på rapportene. En annen grunn til å legge vekt på rapportene er at de er grundige og er utarbeidet av personer som var delaktige under utarbeidelsen av konvensjonene. Det er også i tilknytning til Brf utarbeidet en rekke forarbeider som må antas å bli tillagt relevans av EFD i fremtiden.³⁵

Ettersom det er viktig for å forstå metoden vil jeg også nevne at EFDs tolkning av Brk tradisjonelt har vært meget formålsorientert. Betydelig vekt blir lagt på prinsippene bak og systematikken i Brk.³⁶ Det samme må antas å være tilfellet for fremtidige saker i tilknytning til Brf. Dette fremgår for eksempel av *Tessili*-saken hvor domstolen uttaler at *”konventionen bør fortolkes ut ifra så vel sit eget indhold og formål som du i fra dens sammenheng med Traktaten”*.³⁷ EFDs rettsanvendelse kan på mange områder sies å ha likhetstrekk med det som i teorien blir kalt teleologisk tolkningsmetode.³⁸ Innholdet i den enkelte regel sees i forhold til de underliggende hensyn som begrunner innføringen av reglene. Dette taler for at utgangspunktet for fortolkningen er å avdekke hvilket formål

³³ Det er utarbeidet i alt fire rapporter i tilknytning til Brüsselkonvensjonen og en rapport i tilknytning til Luganokonvensjonen. Ved kortnavn blir disse gjerne betegnet som Jenard-rapporten, Schlosser-rapporten, Cruz-rapporten, Kerameus-rapporten, og Jenard/Möller-rapporten.

³⁴ For eksempel *Boogaard*-saken pkt. 19.

³⁵ Forslag til Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (KOM(1999) 348 - C5-0169/1999 - 1999/0154(CNS)), Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning om forslag til Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (KOM(1999) 348 - C5-0169/1999 - 1999/0154(CNS)), Report on the proposal for a Council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (COM(1999) 348 - C5 -0169/1999-1999/0154(CNS)) Committee on Legal Affairs and the Internal Market Rapporteur: Diana Wallis og Ændret forslag til Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, KOM (2000) 689

³⁶ Se også Arnt Nielsen s. 142

³⁷ Se *Tessili*-saken pkt. 9.

³⁸ Se Pålsson s. 40

lovgiver hadde med reglene og derigjennom tillegge reglene et innhold som reflekterer dette formålet. På denne bakgrunn er det av vesentlig betydning å forklare hvilke hensyn Brf og Brk er bygget på.

I følge preambelen til Brk hadde lovgiver med konvensjonen til formål ”inden for Fællesskabet at styrke retsbeskyttelsen for de der bosiddende personer”. EFD har en rekke ganger fremholdt at dette er hovedformålet med reglene i Brk. Et eksempel er *Duijnstee-saken* hvor domstolen uttaler at ”Såvel bestemmelserne om fastlæggelsen af kompetencen som bestemmelserne om anerkendelsen og fuldbyrdelsen af retsafgørelser har derfor til formål at styrke retsbeskyttelsen af de inden for Faellesskabet bosiddende personer”.³⁹ Dette formålet virker som en retningslinje og utpeker hvilke faktorer som er relevante ved fortolkningen av reglene.

På bakgrunn av denne retningslinjen har en rekke faktorer i rettspraksis blitt utpekt som relevante ved tolkningen.⁴⁰ Enkelte av faktorene fremgår av preambelen. Dette gjelder for det første ønsket om en fri flyt av dommer. Av preambelen fremgår det at ”retsbeskyttelsen” nødvendiggjør at man må ”lette anerkendelsen af retsafgørelser og at indføre en hurtig procedure for at sikre fuldbyrdelsen af sådanne afgørelser samt af officielt bekræftede dokumenter og retsforlig”.⁴¹ For det andre skal reglene sikre at den domstol som blir tilordnet kompetanse sett ut i fra den enkelte saksgjenstand er velegnet til å behandle saken.⁴² Dette fremgår b.l.a. av Jenardrapporten: “To this end, the rules of jurisdiction codified in Title II determine which State’s courts are most appropriate to assume jurisdiction, taking into account all relevant matters ...”⁴³. Dette er senere blitt gjentatt i rettspraksis.⁴⁴ I rettspraksis er det videre lagt til grunn at et Brüsselkonvensjonen

³⁹ Duijnstee pkt. 12. Se også Besix pkt 25 og Effer pkt. 6.

⁴⁰ Se også Pontier/Burg s. 17 flg.

⁴¹ Ibid

⁴² Ibid

⁴³ Jenardrapporten s. 15.

⁴⁴ Se Handte pkt. 12

skal føre til økt forutberegnlighet.⁴⁵ Som en underliggende faktor ved hele systemet ligger også at saksøkte er den svake part i forholdet noe som fører til at reglene er utformet med tanke på å beskytte ham. Dette fremgår bl.a. i *Pendy*-saken hvor domstolen la til grunn at ”*bruxelles-konventionens bestemmelser skal uden at harmonisere medlemsstaternes forskellige ordninger vedrørende forkyndelse af retslige dokumenter i udlandet sikre en effektiv beskyttelse af sagsøgtes rettigheder*”.⁴⁶

2.2 Hovedregelen i Brf art. 2

Som utgangspunkt og hovedregel tjener saksøktes bosted som faktor for å avgjøre domstolens kompetanse etter Brf. art. 2. En eventuell rettssak må altså reises ved saksøktes hjemting. Regelen er i overensstemmelse med prinsippet om actor sequitur forum rei som er en alminnelig anerkjent regel.⁴⁷ Begrunnelsen for hovedregelen Brf art. 2 som hovedregel er å beskytte den presumptivt svakere part, altså et rettsikkerhetshensyn.⁴⁸ Det antas å være vanskeligere for saksøkte å ivareta sine interesser for en domstol i en fremmed stat enn domstolen i staten hvor han er bosatt. Innføringen av regelen var i tillegg begrunnet med at regelen var i overensstemmelse med de fleste medlemsstatenes lovgivning.⁴⁹ Bestemmelsen regulerer imidlertid kun hvilken *stats* domstoler som blir tilordnet kompetanse, hvilken domstol i den enkelte stat som blir tilordnet kompetansen beror på statens interne prosessregler.⁵⁰ Det følger av art. 59 at domstolen skal anvende sine interne regler for å avgjøre hvor saksøkte har bopel. Det vil si at domstolen skal anvende *lex fori* for å avgjøre om saksøkte er bosatt i domstolsstaten. Dersom det etter disse regler viser seg at saksøkte ikke er bosatt i domstolsstaten, men i en annen medlemsstat må den andre medlemsstats interne regler anvendes for å avgjøre bostedet

⁴⁵ Se bl.a. Effer pkt. 6 og Rösler pkt. 23.

⁴⁶ *Pendy* pkt 13.

⁴⁷ *Kaye* s. 255 og *Øren* s. 55

⁴⁸ Dette følger bl.a. av *Jenardrapporten* s. 18 og er en rekke ganger lagt til grunn i rettspraksis se bl.a. *Handte* pkt. 14.

⁴⁹ Se *Jenardrapporten* s. 18flg og *Kaye* s. 255.

⁵⁰ Se *Jenardrapporten* op.cit.

innenfor denne staten.⁵¹ Art. 60 gir en autonom bestemmelse for selskaper og andre juridiske personers bopel.⁵² Jeg vil ikke gå videre inn på innholdet i Brf art.2.⁵³

2.3 Unntak fra Brf art. 2

Det er oppstilt en rekke unntak fra hovedregelen i Brf art. 2 hvis er ment å tilgodese nærmere bestemte formål i tilknytning til anvendelsen av jurisdiksjonsreglene

Det kanskje viktigste unntaket fra Brf art. 2 er regelen om vernetingsavtaler i Brf art. 23. Brf art. 23 er innført for å ta hensyn til partenes behov for å kunne forutberegne domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en rettstvist gjennom å utpeke den kompetente domstol i en avtale. Dette følger av fortalen.⁵⁴

Unntakene i Brf art. 5 er basert på objektive tilknytningsmomenter mellom den enkelte sak og domstolen. Ved at saken har en nærmere bestemt tilknytning til domstolen, oppfylles som vi skal se visse formål knyttet til rettssikkerhet og sakseffektivitet.⁵⁵ Brf art. 5 er alternative til hovedregelen i Brf art. 2. Er vilkårene i bestemmelsen oppfylt, er det opp til saksøker å bestemme om han vil anlegge søksmål ved domstolen som blir utpekt etter art. 2 eller ved et av de alternative vernetingene. Valget er bindende for domstolen som får saken forelagt.⁵⁶ Valget av domstol medfører således en plikt, gjennom et påbud, for domstolen til å utøve kompetanse over saken. Implisitt er det da tillatt for domstolen å utøve kompetanse over saken. Om Brf art. 23 utgjør et alternativ til Brf art. 2 vil som vi skal se bero på en tolkning av vernetingsavtalen. Partene kan på grunnlag av vernetingsavtalen

⁵¹ Se Jenardrapporten s. 15-18. For en nærmere redegjørelse av domisilbegrepet i art. 2 se. Kaye s.278 flg.

⁵² Se nærmere bl.a. Pålsson, s. 88. Dette er en endring fra Brüsselkonvensjonen hvor den tilsvarende regel i art. 53 overlot det til lex cause å avgjøre hvor selskaper og andre juridiske personer hadde bopel.

⁵³ For en videre redegjørelse for innholdet i art. 2 Jenardrapporten s. 18-22, Pålsson s. 86-91 eller Kaye s. 278 flg.

⁵⁴ Se fortalen pkt. 14

⁵⁵ Se fortalen pkt. 12.

⁵⁶ Øren s. 57 og

velge å tilordne en domstol eksklusiv kompetanse. Hva som ligger i dette vil bli nærmere drøftet i kap. 3.1.3.

2.3.1 Påbud som den nasjonale domstol plikter å følge ved anvendelsen av art. 23 og art. 5

Som antydnet ovenfor peker ordlyden i Brf. art. 5 direkte og umiddelbart ut hvilken domstol som har kompetanse til å avgjøre rettstvisten. På tilsvarende måte vil ordlyden i en vernetingsklausul jf. Brf art. 23 peke ut hvilken domstol som er kompetent. Domstolen som får saken forelagt må selv tolke og anvende kompetansereglene i Brf, og derigjennom ta stilling til sin egen kompetanse. Et av formålene med Brf er som nevnt å fastsette et uniformt rettslig normgrunnlag for å avgjøre domstolens kompetanse. Dersom et slikt uniformt normgrunnlag skal kunne gjennomføres og de tilsiktede virkninger av normene skal oppnås, må normene anvendes på samme måte av alle domstoler som er underlagt normene. Ellers vil ikke forutberegnlighet i forhold til kompetansetilordningen kunne sikres.⁵⁷ EFD har en rekke ganger uttalt at unntakene må tolkes restriktivt for å ivareta borgernes rettsvern.⁵⁸ Dette synes også å være den alminnelige oppfatning i teorien.⁵⁹ På denne bakgrunn kan det spørres om den enkelte domstol som skal avgjøre sin kompetanse i forhold til Brf art. 5 og 23 må oppfylle visse nærmere bestemte plikter.⁶⁰

Som vi skal se i kap. 2.1 er hovedformålet med Brf art. 23 å sikre at partene er enige om inngåelsen av vernetingsavtalen. For å sikre slik enighet er det i flere uttalelser fra EFD lagt til grunn at *”... den ret, for hvilken saken er forelagt, først og fremst [må] prøve om den bestemmelse, som tillægger retten kompetence, faktisk har vært genstand for parternes samstemmende vilje, som skal være udtrykt klart og præcist. Formkravene i artikel 17 skal*

⁵⁷ Her kan også Luganokonvensjonen nevnes.

⁵⁸ Se for eksempel Somafer 33/78 pkt. 7 + 8

⁵⁹ Pålsson, O’Malley s. 370 og Arnt Nielsen

⁶⁰ På denne måten kombineres kompetansereglene i art. 23 og art. 5 med pliktnormer. Generelt om pliktnormer og kompetanseregler se Eckhoff/Sundby.

*sikre , at parternes samstemmende vilje faktisk har vært til stede”.*⁶¹ EFD påbyr således domstolen som får saken forelagt seg å prøve om partene faktisk har vært enige om inngåelsen av vernetingsavtalen gjennom å prøve om de formkrav som oppstilles i Brf art. 23 er oppfylt og derigjennom slå fast om partene faktisk har vært enige om vernetingsklausulen. Domstolen kan altså ikke på fritt grunnlag fastslå partenes enighet, men må på et generelt grunnlag prøve om det foreligger faktisk enighet mellom partene. Formkravene vil sikre at enighet faktisk foreligger. Hva som nærmere skal til for at formkravene skal være oppfylt blir drøftet i kap. 3.2.

Brf art. 23 stiller imidlertid også opp enkelte materielle krav som kan bidra til å skape sikkerhet om at partene faktisk har vært enige om inngåelsen av avtalen. Ettersom plikten til å prøve om det foreligger faktisk enighet mellom partene ikke kun knyttes til formkravene, antas det derfor at domstolen også plikter å prøve om de materielle vilkårene er oppfylt. Hvilke materielle krav dette er og innholdet i kravene vil bli drøftet i kap. 3.1. For en tilbyder som ønsker å regulere domstolens kompetanse over en tvist før tvisten oppstår er det av stor betydning å forstå innholdet i disse påbudene.

Reglene i Brf art. 5 er begrunnet ut i fra den tilknytning som foreligger mellom tvister som faller under den enkelte bestemmelses gjenstandledd og domstolen som blir utpekt i referanseleddet. Denne tilknytningen gjør domstolen spesielt godt egnet til å oppfylle visse nærmere bestemte formål. I rettspraksis fra EFD er det en rekke ganger slått fast at Brk art. 5 ikke må anvendes *”ud over de tilfælde, konventionen har for øje”*.⁶² Det samme må gjelde for Brf art. 5. Den nasjonale domstol som skal avgjøre sin kompetanse i forhold til Brf art. 5 plikter derfor ikke å anvende Brf. art. 5 utover de tilfelle tilknytningen og formålene som begrunner anvendelsen tilsier.⁶³ Domstolen plikter som en følge av dette i

⁶¹ Salotti pkt. 7 og Segoura pkt. 6

⁶² Handte pkt. 14, Benincasa pkt. 13 og Réunion européenne pkt. 16

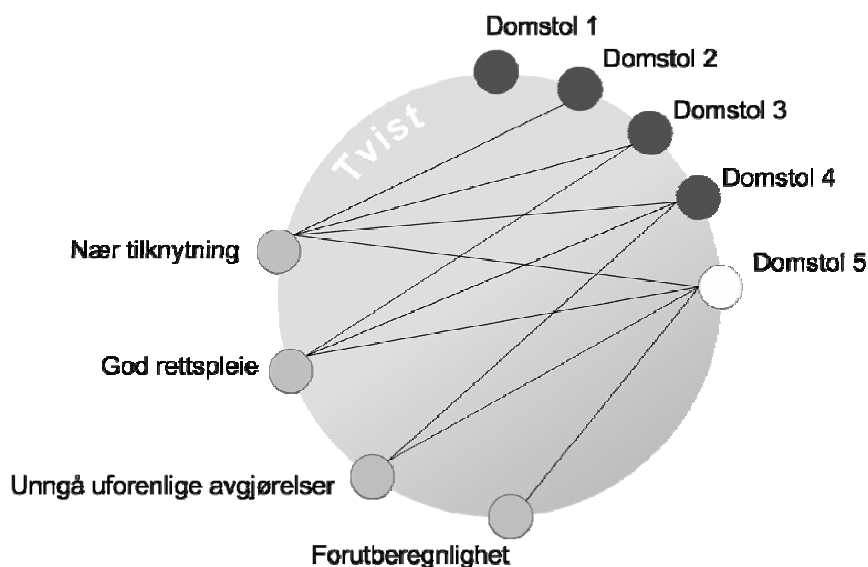
⁶³ I Handtesaken var spørsmålet om art. 5.1 fikk anvendelse på et tilfelle hvor en senere kjøper, som ikke var part i avtalen, av et produkt anla sak om erstatning for mangler ved gjenstanden. Handte, pkt. 14, and Group Josi pkt. 36 Owusu pkt. 171

hvert enkelte tilfelle prøve om tilknytningen er tilstrekkelig og om formålene bak Brf art. 5 rettfærdiggjør at bestemmelsen anvendes.

For å sikre at de tilsiktede virkninger med kompetansetilordningen oppnås antas det også at domstolen plikter å prøve tilknytningen og formålene i en bestemt rekkefølge. Dette kan som vi skal se begrunnes med at tilknytningen og formålene naturlig følger hverandre i tid.

Domstolen må først prøve om det foreligger en *tilknytning* mellom saken vedrørende kontraktsforholdet og domstolen på oppfyllelsesstedet når oppfyllelsesstedet er avtalt. Denne tilknytningen må for det i tillegg *nær*. Videre må anvendelsen av art. 5 føre til en *god rettspleie*. Det må deretter i tilstrekkelig grad unngås at flere domstoler parallelt behandler saker med samme parter, grunnlag og gjenstand for å hindre avsigelsen av *uforenelige avgjørelser* i tilstrekkelig grad ivaretatt. Til slutt må hensynet til partenes *forutberegnlighet* i forhold til domstolskompetansen bli ivaretatt. Grunnlaget for og innholdet i kravene vil bli drøftet nærmere i kap. 4.

Plikten og kravene som må være oppfylt for å anvende Brf art. 5 kan illustreres på følgende måte:



Forklaring til illustrasjonen: Domstol 1, 2, 3, og 4 oppfyller ingen eller bare enkelte av kravene og kan derfor ikke tilordnes kompetanse på bakgrunn av Brf art. 5. Domstol 5 er den eneste domstol som oppfyller alle kravene og tilordnes derfor kompetanse.

2.3.2 Hvilken virkning får det at domstolen ikke overholder sine plikter?

Skulle domstolen ikke overholde sine plikter jf. det ovenstående, oppstår spørsmål om hvilke virkninger dette måtte ha. Det foreligger ikke noe sanksjonssystem i Brf for det tilfelle at en domstole ikke overholder sine plikter i henhold til kompetansereglene. En mulig sanksjon vil kunne være å nekte annerkjennelse av avgjørelsen i andre EU-stater enn domstolsstaten. Brf er imidlertid basert på gjensidig tillit mellom domstolene i de ulike statene.⁶⁴ Tvister som er avgjort ved domstolene i en stat i EU skal annerkjennes i enhver annen stat i EU jf. Brf art. 33. Nektelsesgrunner er uttømmende oppgitt i art. 34 og 35. Kompetansesspørsmål som er avgjort av domstolen i en stat kan ikke overprøves av domstolen i en annen stat.⁶⁵ Skulle en part hevde at domstolen ikke har overholdt sine plikter i tilknytning til Brf, vil det korrekte rettsmidlet være anke. Etter dette synes det nærliggende å slutte at det ikke vil ha noen materiellrettslig virkning at en domstol ikke overholder sine plikter i tilknytning til reglene om kompetanse i Brf.

Det er imidlertid trolig at en manglende overholdelse av pliktene over tid kan få politiske virkninger for medlemsstaten.

2.3.3 Oppsummering

Som vi har sett over plikter domstolen som får saken forlagt seg å oppfylle visse plikter når den skal vurdere sin kompetanse i forhold til reglene i Brf art. 5.1 og Brf art. 23. For en tilbyder ved elektronisk handel som ønsker å regulere domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist i tilknytning til en kontrakt vil det følgelig være av stor betydning å kjenne til innholdet av disse pliktene. At det ikke er knyttet noen formelle sanksjoner til manglende oppfyllelse av dem, endrer ikke pliktenes karakter. Avhandlingen videre vil dreie seg om det nærmere innholdet av disse pliktene.

⁶⁴ Arnt Nilsen s. 317

⁶⁵ Jenrad s. 46

3 Betingelser for anvendelsen av Brf art. 23.1a og 23.2 ved elektronisk handel

I dette kapittelet vil jeg ta for meg hvilke begrensninger reglene om vernetingsavtaler i Brf art. 23 legger på partenes mulighet for å kontraktsregulere hvilken domstol som har kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist i tilknytning et til kontraktsforholdet som er inngått og oppfylt over Internett. Disse begrensningene tilsvarer de betingelser domstolen som får saken forelagt plikter å prøve for å tilordne seg kompetanse på bakgrunn av art. 23. Brf art 23 lyder som følger:

”1. Såfremt parterne i tilfælde, hvor mindst en af dem har bopæl på en medlemsstats område, har aftalt, at en ret eller retterne i en medlemsstat skal være kompetente til at påkende allerede opståede tvister eller fremtidige tvister i anledning af et bestemt retsforhold, er denne ret eller retterne i den pågældende medlemsstat kompetente. Medmindre parterne har aftalt andet, er denne ret eller disse retter enekompetente. En sådan aftale om værneting skal være indgået:

a) skriftligt eller mundtligt med skriftlig bekræftelse, eller

b) i en form, der er i overensstemmelse med den skik og brug, som parterne følger i deres indbyrdes forhold, eller

c) inden for international handel, i en form, der er i overensstemmelse med en sædvane, som parterne har eller burde have kendskab til, og som inden for sådan handel er almindelig kendt og regelmæssigt fulgt af parter i aftaler af samme type inden for den pågældende handelsbranche.

2. Med ”skriftligt” sidestilles enhver elektronisk meddelelse, som varigt dokumenterer aftalen om værneting.

3. Såfremt en sådan aftale om værneting er indgået af parter, hvoraf ingen har bopæl på en medlemsstats område, kan retterne i de øvrige medlemsstater ikke påkende tvisten, så længe den eller de udpegede retter ikke har erklæret sig inkompetente.

4. Den eller de retter i en medlemsstat, som har fået tillagt kompetence i henhold til et dokument om oprettelse af en trust, har enekompetence i sager mod en stifter af en trust, en

trustee eller en ved en trust begunstiget person, såfremt det drejer sig om forholdet mellem disse personer eller om deres rettigheder og pligter inden for trustens rammer.

5. Aftaler om værneting samt tilsvarende bestemmelser i et dokument om oprettelse af en trust er ugyldige, såfremt de er i modstrid med artikel 13, 17 og 21 eller udelukker kompetencen for de retter, som i medfør af artikel 22 er enekompetente.”

En vernetingsavtale er en avtale hvor partene i et ordinært avtaleforhold også inngår avtale om hvilken eller hvilke domstoler som skal ha og/eller ikke skal ha kompetanse til å avgjøre en allerede oppstått eller en fremtidig tvist.⁶⁶ Vernetingsavtaler er en sikker måte for partene i en kontrakt å tilfredsstille behovet om å kunne forutse hvilken domstol som er kompetent i en senere tvist. På denne måten vil en vernetingsavtale bidra til å styrke partenes rettsbeskyttelse. Reglene om vernetingsavtaler ”*hviler på en anerkendelse af partsautonomien*”⁶⁷. Brf art. 23 er innført nettopp med tanke på å ivareta partenes interesse i å ha mulighet for å forutberegne hvilken domstol som er kompetent til å fastslå, endre eller oppheve normer knyttet til samme tvist i et kontraktsforhold.⁶⁸

Avtalene kan for virke som prorogasjonsavtaler, som tilordner kompetanse til en eller flere nærmere bestemte domstoler til å fastsette endre eller oppheve rettsnormer knyttet til et nærmere bestemt rettsforhold. Slike avtaler gjør det mulig for partene positivt å velge hvilken domstol eller hvilke domstoler som skal bli tilordnet kompetanse. Virkningen av dette vil, dersom ikke annet er avtalt eller lovfestet, være at alle andre domstoler enn den eller de som er blitt tilordnet kompetanse i avtalen er utelukket fra å utøve kompetanse over rettsforholdet. På denne måten kan partene også begrense hvilke domstoler som blir tilordnet kompetanse

En vernetingsavtale kan også virke som en derogasjonsavtale som utelukker enkelte domstoler fra å ha kompetanse. En slik kontrakt vil ikke positivt peke ut en kompetent

⁶⁶ Se Skoghøy s. 41 og tvml. §36.

⁶⁷ Meethsaken pkt. 5.

⁶⁸ Dette følger av rettspraksis. Se bl.a. Effer pkt. 6 og Rösler pkt. 23

domstol, men utelukke enkelte domstoler som ellers ville ha blitt tilordnet kompetanse på bakgrunn av jurisdiksjonsreglene fra kompetanse. Indirekte vil imidlertid en derogasjonsavtale tilordne kompetanse til de domstoler som kompetansereglene ellers utpeker. Jeg vil i kap. 3.1.4 nærmere drøfte virkningen av derogasjonsavtaler i forhold til art. 23.

Vernetingsavtalene kan enten inngå som en del av et større avtaledokument eller kun regulere vernetingsreglene som sådan. Det er som utgangspunkt opp til partene å velge hvilken domstol eller hvilke domstoler avtalen skal omfatte. Imidlertid vil det ofte være vanskelig for partene å forutse hvilke følger en avtale om vernetingsreglene vil ha. Dette vil særlig gjelde ved internasjonal elektronisk handel hvor vilkårene som oftest er utferdiget ensidig av selger og kjøper derfor ofte ikke har kunnskap om vernetingsklausulen. For å motvirke at virkningen av en vernetingsklausul kommer overraskende på partene, og for å sikre bevis for avtalens eksistens, krever art. 23 at partene følger visse prosedyrer ved avtaleinngåelsen.⁶⁹ Disse prosedyrene betegnes som formkrav. I tillegg stilles enkelte krav som begrenser det materielle innholdet i avtalen. Disse materielle begrensningene følger både direkte av Brf og av ulovfestet rett.

Videre i kap. 3 vil jeg drøfte innholdet av disse formelle og materielle begrensningene på partenes adgang til å inngå avtaler om vernetingsreglene.

3.1 Materielle betingelser

Så lenge en av partene i avtalen er bosatt innenfor EU og avtalen utpeker en domstol innenfor EU stilles det ikke noe krav til tilknytning mellom saken og domstolen for å tilordne en domstol kompetanse etter Brf art.23.⁷⁰ Dette er en rekke ganger blitt slått fast av

⁶⁹ Jenardrapporten s. 37

⁷⁰ Vernetingsklausuler som utpeker domstoler i stater utenfor EU altså faller utenfor forordningens anvendelsesområde.

EFD.⁷¹ Bestemmelsen bygger på hensynet til partsautonomien og at partene kan ha en legitim interesse av å vedta et vernetings som saken ikke har noen nær tilknytning til.⁷² For eksempel kan partene ønske å velge et forum hvor ingen av dem har noen tilknytning eller velge et forum som har spesiell kunnskap om sakens forhold.⁷³ Det stilles imidlertid ikke noe krav om at det må foreligge slike interesser. Partene står altså som utgangspunkt fritt til å fastsette nærmere hvilken domstol avtalen skal utpeke.

Selv om det ikke etter Brf art. 23.1a stilles krav til tilknytning for at en domstol som partene har utpekt i avtale skal tilordnes kompetanse, foreligger det enkelte begrensninger i forhold til hva partene kan avtale som grunnlag for vernetings. Det er disse begrensningene som vil bli drøftet i det følgende.

De materielle begrensningene vil i stor grad gi de samme utslag ved elektronisk handel som ved annen handel. Jeg vil derfor i det følgende kun ta for meg utslaget av reglene ved elektronisk handel der det oppstår spesielle spørsmål. På tross av dette er imidlertid drøftelsen av kravene viktig for forståelsen av tilbyders mulighet til å forhåndsregulere domstolens kompetanse.

3.1.1 Krav til kriteriene som utpeker domstolen i vernetingsavtalen

Hvilken domstol avtalen utpeker beror på en tolkning. Hvilke tolkningskriterier som skal legges til grunn har verken lovgiver eller EFD uttalt seg generelt om, og jeg vil ikke i denne avhandlingen nærmere gå inn på hvilke krav som generelt stilles til tolkningen av vernetingsklausulen.

I rettspraksis fra EFD i tilknytning til Brk art. 17 er det imidlertid trukket opp enkelte retningslinjer for hvilke krav som stilles til den språklige utformingen av

⁷¹ Se Zelger pkt. 4, MSG pkt. 34 og Benincasa pkt. 28. Se også O'Malley/Layton s. 558-559 og Pålsson s. 186-187.

⁷² Pålsson s. 187

⁷³ I internasjonale kontrakter blir for eksempel ofte domstolen i London utpekt ettersom den er antatt å inneha en særlig nøytral holdning.

vernetingsklausulen. I *Coreck*-saken var et av spørsmålene om det kunne stilles som et krav til gyldighet etter Brk art. 17 at vernetingsklausulen *”er formulert således at det (også) for andre end parterne – og spesielt også for retten – udelukkende på grundlag af klausulens ordlyd uden videre er klart, eller i det mindste uden vanskelighed kan fastslås, hvilken ret der har kompetence til at påkende tvister, som opstår i anledning af et retsforhold, i hvilket klausulen er vedtaget...”*⁷⁴ EFD slo fast at det ikke måtte fremgå direkte av ordlyden isolert sett hvilken domstol som var kompetent. Domstolen begrenset imidlertid partenes adgang til å formulere vernetingsklausulen til å stille krav til at klausulen *”angiver de objektive forhold, som parterne er nået til enighet om med henblikk på valget”* av vernetings.⁷⁵ Begrunnelsen for ikke utelukkende å se hen til ordlyden i klausulen lå i følge domstolen i hensynet til partsautonomien.⁷⁶ Det var *”parternes vilje”* som reglene om vernetingsavtaler skal respektere.

Det ble imidlertid også tatt hensyn til domstolens mulighet for å bestemme sin kompetanse og etterprøve om vernetingsklausulen *”faktisk har været genstand for parternes samstemmende vilje, som skal være udtrykt klart og præcist...”*.⁷⁷ De objektive forholdene som blir angitt i klausulen må være *”tilstrækkelig præcise til at sætte den ret, sagen er indbragt for, i stand til at afgøre, om den har kompetence til at påkende sagen...”*. Selve ordlyden i kontrakten behøver altså ikke peke ut domstolen. Det er tilstrekkelig at kontrakten angir visse objektive forhold som domstolen kan konstatere og bestemme sin kompetanse i forhold til. I *Coreck*-saken lød vernetingsklausulen som følger: *”Enhver tvist, som måtte opstå i forbindelse med dette konnossement, skal påkendes i det land, hvor transportøren har sit hovedforretningssted...”*.⁷⁸ Domstolen mente denne klausulen i tilstrekkelig grad utpekte de objektive forhold som domstolen kunne avgjøre sin kompetanse i forhold til.

⁷⁴ Coreck pkt. 9

⁷⁵ Op.cit.pkt. 15

⁷⁶ Op.cit. pkt. 14

⁷⁷ Op.cit. pkt. 13.

⁷⁸ Op.cit. pkt. 5

Ved elektronisk handel med programvare kan det også tenkes at en vernetingsklausul utpeker domstolen der selger har sitt forretningssted. Dersom selgers forretningssted er et fysisk sted skulle dette ikke på bakgrunn av *Coreck*-saken medføre noe problem.

Det kan imidlertid ved e-handel være at selgers forretningssted er virtuelt for eksempel fordi det dreier seg om en virtuell virksomhet. Det kan være vanskelig å si at en virtuell virksomhet, som i praksis kun opererer gjennom en webside, knytter seg til et geografisk punkt på en slik måte at forretningsstedet kan slås fast. Det vil da vanskelig kunne sies å foreligge objektive forhold som gjør domstolen i stand til å fastsette sin kompetanse.

Det kan også tenkes at partene i vernetingsavtalen har utpekt domstolen på stedet der serveren som en webside er lagret er plassert som kompetent. Dette vil gi tilbyder stor frihet til å bestemme vernetetinget for en eventuell tvist, ettersom stedet for en nettsides lagring enkelt lar seg endre. Det kan stilles spørsmål ved om en slik klausul kan godkjennes som grunnlag for en vernetingsavtale jf. Brf art. 23.1a.

I *Coreck*-saken la domstolen, som vi så over, til grunn at angivelsen av vernetetinget i avtalen måtte være så presis at domstolen som fikk saken forelagt hadde mulighet til å avgjøre sin kompetanse i forhold til klausulen. Dersom det lar seg gjøre å klarlegge på hvilken server nettsiden er lagret og hvor denne serveren befinner seg, skulle det i utgangspunktet ikke være noe problem for domstolen å klargjøre sin kompetanse på bakgrunn av avtalen. Som nevnt kan imidlertid en nettside enkelt flyttes fra en server til en annen. Det er, dersom partene ikke har angitt det i kontrakten, vanskelig for domstolen å fastsette hvilket tidspunkt som skal legges til grunn. Og selv om tidspunktet er klarlagt kan det være vanskelig for domstolen å klargjøre hvor websiden på det nærmere bestemte tidspunkt er lagret ettersom angivelsen av serveren vil fremkomme som tall i en IP-adresse. Dette kan tale for at en slik klausul ikke vil godkjennes etter Brf art. 23.1a.

Dersom avtalen utpeker domstolene i en bestemt medlemsstat uten å fastsette nærmere hvilken domstol innad i medlemsstaten som er kompetent, er det ikke i rettspraksis klarlagt om saksøker står fritt til å velge den nærmere domstolen i medlemsstaten eller om dette er opp til prosessreglene i lex fori. I teorien synes det å være lagt til grunn at svaret i utgangspunktet er opp til prosessreglene i lex fori og dette må være riktig.⁷⁹ Det oppstår imidlertid et problem når prosessreglene ikke utpeker noen kompetent domstol. For eksempel fordi saksøker ikke er bosatt i domstolsstaten. Det stilles som nevnt ikke noe krav om tilknytning etter art. 23 noe som taler for at saksøker står fritt til å velge. I litteraturen er det også lagt til grunn at det i et slikt tilfelle er opp til saksøker å velge hvilken domstol innenfor medlemsstaten han vil benytte og jeg slutter meg til dette synspunktet.⁸⁰

3.1.2 Krav til at vernetingsavtalen begrenses til et bestemt rettsforhold

Brf art. 23 begrenser også partenes adgang til å regulere domstolens kompetanse i kontrakt ved å kreve at vernetingsavtalen må være avtalt ”i anledning af et bestemt retsforhold”. Hvilket bestemt rettsforhold som reguleres av vernetingsavtalen, må avgjøres etter en tolkning. Omhandler tvisten det samme rettsforholdet som reguleres av avtalen, er kravet til bestemt rettsforhold jf. Bfr art. 23 oppfylt.⁸¹

Problemet kan illustreres gjennom et eksempel: To parter har inngått en avtale vedrørende salg av programvare. I tilknytning til salget har de vedtatt en vernetingsklausul som skal omfatte tvister i tilknytning til programvaren. Etter en stund inngås avtale om salg av en oppdatering av programvaren uten at en ny vernetingsavtale inngås. Det oppstår så tvist i forhold til oppdateringen. Spørsmålet blir da om salget av programvaren og oppdateringen er det samme rettsforhold.

⁷⁹ Se bl.a. O'Malley/Layton s. 573, Gjelsten s. 39. Tilsynelatende motsatt Kaye s. 1084.

⁸⁰ Kaye s. 1084. Tilsynelatende motsatt Gjelsten s. 39.

⁸¹ Det kan trekkes en parallell til hva som utgjør ”samme rettsforhold” ved spørsmålet om rettens forhold til partenes prosesshandling i sivilprosessen (disposisjonsprinsippet). Se Skoghøy s. 700 flg.

Begrunnelsen for kravet ligger i at partene som inngår avtalen skal kunne overskue konsekvensene av avtalen og derav ha mulighet for å forutberegne sin rettsstilling i forhold til domstolens kompetanse.⁸² Når det gjelder forhåndsregulering av domstolskompetansen skal klausulen derfor kun regulere fremtidige tvister, som det er grunn til å anta at partene har vært enige om å regulere.⁸³ På denne bakgrunn må det være grunn til å anta at en verntingsklausul ikke helt generelt kan regulere alle fremtidige tvister partene i mellom.⁸⁴ Det er vanskelig å si generelt hvor grensen går. For å illustrere grensen kan det være hensiktsmessig å vise til noen eksempler.

Det er vanlig at en avtale inneholder en vernetingsklausul som regulerer alle tvister i tilknytning til avtaleforholdet.⁸⁵ Et eksempel fra elektronisk handel kan finnes på www.adobe.com hvor det i de materielle vilkårene for avtalen om nedlasting av programvaren heter at: *"Alle uoverensstemmelser som oppstår på grunn av... disse betingelsene, skal avgjøres av en kompetent rett i Irland, uten at dette får betydning for Adobes rett til å fremsette søksmål mot deg i retten som ville ha jurisdiksjon ved fravær av denne klausulen."* Klausulen har et klart avgrenset og overskuelig virkeområde. Det antas derfor at en slik ordning vil godtas etter Brf art. 23.

Det er også antatt at en vernetingsklausul kan inntas i en intensjonsavtale.⁸⁶ Det er mulig det da må kreves en viss presisering av hvilke fremtidige transaksjoner intensjonsavtalen omfatter.⁸⁷

⁸² Se Jenradrapporten s. 37

⁸³ Gjelsten s. 41. Ettersom oppgaven kun dreier seg om mulighetene for å *forhåndsregulere* domstolens kompetanse avgrenses det her mot *"allerede opståede tvister"* jf. Brf art. 23.

⁸⁴ Se også Gjelsten s. 41

⁸⁵ Pålsson s. 186

⁸⁶ Gjelsten s. 41 Pålsson s. 186

⁸⁷ Pålsson s. 186

At det ikke kreves mye av vernetingsklausulen for å oppfylle kravet illustreres godt av *Powell*-saken hvor en vernetingsklausul inntatt i vedtektene for et aksjeselskap ble godkjent. Klausulen lød som følger: *"Ved tegning eller erhvervelse af aktier eller interimbeviser akcepterer aktionæren selskabets almindelige værneting i enhver tvist med selskapet eller dets organer"*. Et av spørsmålene i saken var om vernetingsklausulen oppfylte *"kravet om, at der skal være tale om et tilstrækkelig bestemt retsforhold, som fremtidige tvister opstår i anledning af..."*.⁸⁸ Domstolen godkjente klausulen under forutsetning av at tvisten angikk *"fremtidige tvister i forholdet mellem selskabet og dets aktionærer som sådanne"*.⁸⁹ Hva som nærmere ligger i *"forholdet mellem selskabet og dets aktionærer som sådanne"* gikk ikke domstolen nærmere inn på. På bakgrunn av hensynet til forutberegnlighet, antas det at domstolen ikke har ment at enhver tvist som oppstår mellom selskapet og aksjonærene skal omfattes av vernetingsklausulen. Ved å anvende adjektivet *"sådanne"* virker det som om EFD ønsket å begrense virkeområdet for vernetingsklausulen til å omfatte tvister som kunne oppstå i tilknytning til aksjonærforholdet.

Ved elektronisk handel er det vanlig at det i tilbyders allmenne forretningsvilkår inngår en klausul om at alle tvister som oppstår i forbindelse med brukerens adgang eller bruk av en nettside reguleres av en nærmere bestemt vernetingsklausul. Et eksempel er iTunes *"Terms of Use"* hvor det heter at *"You agree that all matters relating to your access to or use of the Site"* omfattes av vernetingsklausulen.⁹⁰ Et annet eksempel kan finnes på www.mp3.com *"CNET Networks may elect to resolve any controversy or claim arising out of or relating to...our sites"*. Klausulene må godtas for tvister som oppstår i tilknytning til den virksomhet nettsiden driver i tiden for avtaleinngåelsen. Om slike klausuler kan godtas må, som redegjort for ovenfor, avhenge av i hvilken grad det er mulig for partene å overskue hvilke fremtidige tvister som vil falle under klausulen.⁹¹ Eksemplet fra iTunes kan

⁸⁸ Powell pkt. 4

⁸⁹ Op.cit. pkt. 33

⁹⁰ Se www.apple.com/itunes nedlastet: 05.04.06

⁹¹ O'Malley s. 574

være illustrerende: Da iTunes ble opprettet i 2003 drev nettbutikken utelukkende med handel av digitalisert musikk. Før brukerne ble tillatt å kjøpe musikk fra iTunes måtte de godta visse materielle vilkår som bl.a. omfattet den ovennevnte vernetingsklausulen. Etter hvert ble virksomheten utvidet og omfatter i dag også salg av bl.a. musikkvideoer og tv-programmer som er produkter av en helt annen art enn digitalisert musikk. Dersom vernetingsklausulen ikke er blitt fornyet etter at virksomheten ble utvidet, kan det spørres om klausulen gjelder tvister i tilknytning til salg av de nye ytelsene. Utgangspunktet for en drøftelse av i hvilken grad vernetingsklausulen omfatter de nye, ytelsene må tas i hensynet til partenes forutberegnlighet. Domstolen må vurdere om partene på tidspunktet for inngåelsen av vernetingsklausulen var enige om at vernetingsklausulen også skulle omfatte salg av musikkvideoer og tv-programmer. Svaret vil bero på en vurdering av bevisene og en tolkning av avtalen.⁹² Særlig vil det være relevant å vurdere om likheten mellom den gamle ytelsen, digitalisert musikk, og den nye ytelsen, digitaliserte musikkvideoer og tv-programmer, er så stor at det på avtaletidspunktet kunne påregnes at vernetingsklausulen ville omfatte disse ytelsene. Det vil ikke her gis noe svar på om vilkårene overholder kravet.

Dersom det i scenarioet som ble oppstilt i kap. 1.2 forutsettes at tilbyder i tilknytning til salget av programvaren også har forpliktet seg til jevnlig og automatisk å overføre oppdateringer til kjøper vil det samme problemet som nevnt over i tilknytning til iTunes kunne oppstå. I praksis skjer oppdateringene av programvare ofte uten at det inngås noen ny kontrakt. Etter en viss tid kan det for eksempel være at programmet som følge av oppdateringene har fått en rekke nye funksjoner som ikke kunne forutses på avtaleinngåelsestidspunktet. Domstolen som får saken forelagt må da vurdere om partene på avtaleinngåelsestidspunktet forutså at den vedtatte vernetingsklausulen også skulle omfatte tvisten i tilknytning til den oppdaterte programvaren. Av hensyn til avhandlingens lengde vil jeg ikke forfølge problemstillingen nærmere her.

⁹² Se O'Malley s. 575

Oppsummert vil det avgjørende for om kravet til at det må foreligge et bestemt rettsforhold jf. Brf art. 23.1 i henhold til teori og praksis på området være om vernetingsklausulen i det konkrete tilfelle gjør det mulig for partene på tidspunktet for inngåelsen av vernetingsklausulen å forutberegne hvilke rettsforhold som reguleres av vernetingsklausulen.

3.1.3 Krav til eksklusivitet

Av Brf art. 23, 1.ledd 2 går det frem at domstolen som blir tilordnet kompetanse i en vernetingsavtale er enekompetent. Sagt med andre ord gir Brf uttrykk for at domstolen har en eksklusiv kompetanse til å behandle saken. Dette er imidlertid upresist. En vernetingsavtale kan ikke legges til grunn dersom reglene i artiklene 8-22 eller 24 kommer til anvendelse. Med "enekompetent" kan derfor ikke menes annet enn at en vernetingsavtale utelukker anvendelsen av reglene i art. 2 og 5-7 og statens interne vernetingsregler.

Brf art. 8-21 regulerer situasjoner hvor de utpekte domstoler er eksklusivt kompetente og går foran Brf art. 23. Enkelte av bestemmelsene tillater imidlertid vernetingsavtaler inngått etter at tvist er oppstått. Brf art. 24 regulerer de såkalte stilltiende vernetingsavtaler. I følge art. 24 blir domstolen tilordnet kompetanse ved at partene møter for den, såfremt saksøkte ikke møter for å bestride rettens kompetanse EFD slo i *Elefanten Schuh*-saken fast at den tilsvarende bestemmelsen i Brk art. 18 fikk anvendelse selv om det forelå en vernetingsavtale. Det samme bør derfor gjelde for Brf art. 24. Når det gjelder forholdet til litispensens-reglene i art. 27 flg har EFD slo EFD i *Gasser*-saken fast at den tilsvarende regel i Brk art. 21 gikk foran Brk art. 17. Dette fører til at dersom den rett "*ved hvilken sagen senere er anlagt, selv om denne rets kompetence hævdes at følge af en vernetingsaftale, skal udsætte sagen, indtil den ret, ved hvilken sagen først er anlagt, har erklæret sig inkompetent.*"⁹³

⁹³Gasser pkt. 54. For en nærmere drøftelse av engelsk rettspraksis som går i mot Gasser se Gjelsten s. 108 flg.

I enkelte tilfeller kan det være at partene har avtalt at flere domstoler skal være kompetent til å behandle en sak. Om partene kan gjøre dette, beror på om det i henhold til Brf art. 23 er tillatt å vedta flere kompetente domstoler i kontrakten. I følge Brf 23.1a åpner bestemmelsen for avtaler som tilordner ”en ret” kompetanse. Isolert sett skulle dette tilsi at det ikke kan avtales flere retter i en vernetingsavtale jf. art. 23.

I *Meeth*-saken godkjente imidlertid domstolen en vernetingsklausul inntatt i en kontrakt mellom et tysk og et fransk selskap som utpekte domstolene på partenes hjemsteder som kompetente. Det første spørsmålet i saken var om en slik avtale stred mot Brk art. 17. EFD slo fast at klausulen var gyldig og la til grunn at Brk art. 17 ikke kunne tolkes slik at den ”...udelukker, at parterne kan vedtage, at to eller flere retter skal være kompetente til at afgøre eventuelle rettsager”.⁹⁴ Dette ettersom man måtte ta tilbørlig hensyn til at Brf art. 17 ”hviler på en anerkendelse af partsautonomien”.⁹⁵ Vernetingsavtalen var, som domstolen pekte på, ikke virkningsløs ved at den utelukket kompetanse bygget på de alternative reglene i Brf art. 5 og 6.⁹⁶ På denne bakgrunn kan det slås fast at en vernetingsklausul som utpeker flere medlemsstaters domstoler vil kunne være gyldig etter Brf art. 23.

Det må imidlertid spørres om partene i avtalen kan utpeke så mange domstoler de vil. For eksempel at vernetingsavtalen utpeker domstolene i alle medlemsstater som kompetente. Dette vil for det første kunne føre til at flere domstoler parallelt blir tilordnet kompetanse over den samme sak, noe lovgiver har ønsket å unngå ved utformingen og anvendelsen av reglene om domstolskompetanse i Brf.⁹⁷ Det vil bli vanskeligere for domstolen som får saken forelagt å fastlegge sin kompetanse, ettersom domstolen må kontrollere om det har blitt reist for andre domstoler slik at litispens-reglene kommer til anvendelse.⁹⁸ En slik situasjon vil også føre til at det vil bli vanskelig for partene i kontrakten å forutberegne

⁹⁴ Meeth pkt. 5.

⁹⁵ Op.cit. Gjentatt i *Coreck*-saken pkt. 14.

⁹⁶ pkt. 5

⁹⁷ Se fortalen til Brf pkt. 15

⁹⁸ Se Brf art. 27flg

hvilken domstol som vil bli tilordnet kompetanse. Dette kan tenkes å være særlig uheldig i situasjoner, som man ofte har ved e-handel, hvor kontrakten ikke består mellom likeverdige parter og den ene parts standardvilkår mer eller mindre blir påtvunget den antatt svakere part i kontraktsforholdet. I *Meeth*-saken kunne hver av saksøkerne bare bli saksøkt på et enkelt sted nemlig ved sitt hjemting jf. art 2.⁹⁹ I den enkelte sak ville det derfor bare være et kompetent verneting. Det virker også som om domstolen vurderer rimeligheten av klausulen, og derav også åpner for at det må settes en grense i forhold til hvor mange kompetente domstoler en vernetingsklausul kan utpeke, når den uttaler at det er særlig grunn for å tillate at flere domstoler utpekes som kompetente i en vernetingsklausul *”hvor parterne ved en sådan klausul gensidig har vedtaget, at de i den almindelige bestemmelse i konventionens artikel 2 nævnte retter skal være kompetente”*.¹⁰⁰

I *Meeth*-saken la imidlertid EFD helt generelt til grunn at partene av hensyn til partsautonomien kunne vedta at to *”eller flere”* retter skulle være kompetente. I teorien synes det å være enighet om at så lenge det er sikkerhet for at partene har vedtatt en vernetingsklausul med et bestemt innhold, skal denne legges til grunn for å bestemme domstolskompetansen. EFD har heller ikke senere motsagt uttalelsen og resultatet i *MSG*-saken. Som nevnt over kreves det heller ingen tilknytning mellom saken og den i avtalen utpekte domstol. På denne bakgrunn er det etter mitt syn nærliggende å slutte at partene i en vernetingsavtale kan utpeke et ubegrenset antall domstoler innenfor medlemsområdet.

3.1.4 Krav til derogasjonsavtaler

Brf art. 23 regulerer ikke eksplisitt den situasjon at partene i en vernetingsavtale som ellers oppfyller formkravene utelukker enkelte domstoler som ellers ville ha hatt kompetanse til å behandle en tvist fra å ha kompetanse. En derogasjonsavtale kan indirekte utpeke hvilke domstoler som er kompetente ved at de domstoler som ellers blir utpekt av de resterende kompetansereglene blir tilordnet kompetanse. For eksempel kan partene i et kontraktsforhold avtale at partenes hjemting jf. Brf art. 2 ikke skal ha kompetanse til å

⁹⁹ Se *Meeth* pkt. 2

¹⁰⁰ *Meeth* pkt. 5

fastsette, endre eller oppheve rettsnormer i forhold til en tvist som oppstår i tilknytning til kontraktsforholdet. Følgen av en slik avtale vil være at domstolen på oppfyllesesstedet for kontrakten blir tilordnet eksklusiv kompetanse i forhold til en eventuell tvist i tilknytning til kontraktsforholdet jf. Brf art. 5.1.

Dersom en derogasjonsavtale har som følge at ingen av bestemmelsene i Brf kommer til anvendelse, vil hele Forordningen bli satt ut av spill noe som igjen fører til at ingen domstol har kompetanse til å behandle en eventuell tvist i tilknytning til kontrakten. Spørsmålet må bli om en slik avtale er gyldig i henhold til Brf art. 23. Problemstillingen har enda ikke vært oppe for EFD og er heller ikke nevnt i forarbeidene. Dersom det mellom partene er inngått en avtale om voldgift må det være klart at avtalen er gyldig. Dette er en følge av at Brf i art. 1 pkt.2d eksplisitt anerkjenner partenes rett til å avtale voldgift som alternativ til Forordningens system. Dersom det ikke foreligger en klausul om voldgift i tilknytning til derogasjonsklausulen, vil imidlertid følgen bli at det ikke finnes noe organ som er kompetent til å behandle en eventuell tvist. En situasjon hvor partene ikke har mulighet til å ivareta sine rettigheter vil ikke bidra til å ”styrke rettsbeskyttelsen af de inden for Faellesskabet bosiddende personer” som jo nettopp er Brf sitt hovedformål.¹⁰¹ Det antas derfor at en avtale som har som virkning at ingen domstol blir tilordnet kompetanse ikke er gyldig i henhold til Brf art. 23.¹⁰² Virkningen av dette må bli at man faller tilbake på de resterende jurisdiksjonsreglene i Brf.¹⁰³ Enhver annen domstol enn den hvor ”sagen først er anlagt” må da erklære seg inkompetent jf. Brf art. 29 eller utsette avgjørelsen av saken jf. Brf art. 27.

3.1.5 Virkningen av at de materielle kravene ikke er overholdt

Det er ikke i rettspraksis generelt angitt hvilken virkning en manglende overholdelse av de materielle kravene til vernetingsklausuler får.¹⁰⁴ I teorien varierer løsningen med de enkelte

¹⁰¹ Se Duijnsteek pkt. 12.

¹⁰² Det samme følger av juridisk litteratur Se. O'Malley/Layton s. 578 med videre henvisninger.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Gjelsten s. 29

bestemmelser.¹⁰⁵ De materielle vilkår som drøftes i denne oppgaven har alle til formål å begrense partenes avtaleadgang. Det er derfor naturlig at avtalen om verneting blir ugyldig og faller bort dersom vilkårene ikke er oppfylt. Hvis dette ikke skjer vil ikke partenes avtaleadgang i praksis bli begrenset av vilkårene. Domstolen må da falle tilbake på reglene i art. 2, 5 og 6.

Dette har ikke nødvendigvis noen betydning for de resterende materielle vilkår i kontrakten og vil avgjøres av *lex causae*.

3.2 Formkrav

Brf art. 23 oppstiller tre alternative formkrav som gyldighetsbetingelser for vernetingsavtaler. Formkravene er uttømmende angitt i Forordningen.¹⁰⁶ Det meste av den rettspraksis som omhandler Brf art. 23 har dreid seg om kravene til form. Som nevnt i innledningen behandler jeg kun kravet til skriftlighet i art. 23.1a. Selv om det godt kan tenkes at en avtale om elektronisk handel inngås muntlig, for eksempel ved bruk av IP-telefon eller akustiske vedlegg, blir trolig hovedvekten av avtaler i dag inngått skriftlig. Av hensyn til avhandlingens lengde avgrenses det derfor mot alternativet om at en vernetingsavtale kan inngås muntlig med en skriftlig bekreftelse jf. Brf art. 23.1a. Det avgrenses som nevnt også mot en behandling av bestemmelsens i Brf art. 23 pkt. 3., 4 og 5.

Det må skilles mellom kravet til at avtale er inngått og formkravene. Det kan være vanskelig å skille de to kravene fra hverandre. Som utgangspunkt avgjøres spørsmålet om

¹⁰⁵ Gjelsten s. 29

¹⁰⁶ Dette ble slått fast i *Elefanten Schuh*-saken. Den materielle tvisten omhandlet et spørsmål om uriktig avskjedigelse av en handelsrepresentant. Et av spørsmålene i saken for EFD var om det kunne stilles som krav til en vernetingsavtale at den var utformet på et bestemt språk. EFD slo fast at "*de kontraherende stater kan... ikke frit fastsette andre formkrav end de i konventionen nævnte*" (pkt. 26). Dette er blitt fulgt i senere praksis fra EFD og må anses som gjeldende rett.

avtaleinngåelse av *lex causae* og bestemmes uavhengig av formkravene.¹⁰⁷ En avtale om vernetingsavtale kan således være inngått på tross av at formkravene ikke er oppfylt og formkravene kan godt være oppfylt på tross av at avtale ikke er inngått. Formkravene kan imidlertid virke inn på spørsmålet om avtale er inngått. For eksempel vil et underskrevet dokument virke sterkt som bevis for at det foreligger en avtale. Jeg forutsetter som nevnt i kap 1.3 at avtale om vernetingsavtale er inngått etter *lex causae*, og drøfter kun spørsmålet om hva som skal til for at formkravene i Brf art. 23.1a skal være oppfylt

I det følgende blir derfor problemstillingen hvordan en vernetingsavtale som inngås over Internett kan inngås skriftlig jf Brf art. 23.1a. Jeg vil først ta for meg hvilke krav som stilles for at en elektronisk meddelelse skal være skriftlig jf. Brf art. 23.1a.

Deretter vil jeg ta for meg hvilke krav som stilles for at en elektronisk vernetingsavtale skal være "*indgået*" skriftlig jf. Brf art. 23.1a, ved først å ta for meg hva som generelt ligger i kravet til skriftlig inngåelse etter Brf art. 23.1a, før jeg deretter på bakgrunn av konkrete eksempler viser hvordan en elektronisk avtale kan inngås skriftlig.

Først vil jeg imidlertid ta for meg begrunnelsen for formkravene og virkningen av at formkravene ikke er overholdt.

3.2.1 Begrunnelse og utgangspunktet for tolkningen av formkravene

I dette avsnittet vil begrunnelsen for innføringen av Brf art. 23.1a og formkravene som fremgår av bestemmelsen bli behandlet. Begrunnelsen vil danne utgangspunkt for den videre drøftelsen av formkravene i Brf art. 23.1 a. Begrunnelsen for bestemmelsen innføring og utforming er av vesentlig betydning for å forstå dens innhold.

¹⁰⁷ Dette fremgår for det første av forarbeidene til Luganokonvensjonen hvor det er slått fast at spørsmålet om vernetingsavtaler "*er gyldig indgået...afgøres efter den anvendelige lov*".¹⁰⁷ Uttalelsen bygger på *Iveco Fiat*-saken som gjaldt Brk og antas derfor også å gjelde for tolkningen og anvendelsen av Brk art. 17 og Brf art. 23.1a.

Begrunnelsen for i Brf art. 23.1a å benytte partsautonomien for å gi og avgrense domstolskompetanse kan i hovedsak knyttes til en presumpsjon for at den enkelte person selv best vet hvilke goder og onder han ønsker henholdsvis å oppnå eller unngå. For at en avtalepart skal kunne ta stilling til hvilke goder han ønsker å oppnå eller onder han ønsker å unngå er det av vesentlig betydning at han har kunnskap om innholdet av avtaler han binder seg til å følge. Gjennom å avtale vernetingsklausul etter Brf art. 23.1 skal partene få mulighet til å forutse hvilken domstol som er kompetent til å fastslå, endre eller oppheve normer knyttet til samme tvist i et kontraktsforhold. Dette er følger av bl.a. av fortalen til Brf pkt 11 hvor det uttales at jurisdiksjonsreglene skal gi en ”*høj grad af forudsigelighed*”. Det samme er lagt til grunn en rekke ganger i rettspraksis fra EFD.¹⁰⁸

Formålet med innføringen av formkravene i Brf art. 23.1a er todelt: For det første skal formkravene beskytte partene mot vedtagelsen av en vernetingsklausul de ikke hadde kunnskap om.¹⁰⁹ For det andre skal formkravene gi notoritet rundt inngåelsen av vernetingsklausulen for å gjøre det enklere for domstolen å fastslå partenes enighet.¹¹⁰ I alminnelighet kan personer regne med å bli saksøkt på sitt hjemsted jf. Brf art. 2 eller på et av de steder som blir utpekt gjennom de spesielle reglene i Brf art. 5 og 6. Å bli saksøkt et annet sted anses for å være et inngrep i den rettsbeskyttelse individene innad i EU har mot å bli saksøkt et annet sted enn de stedene som blir utpekt av reglene i Brf. Dette fremgår bl.a. av *Segoura*-saken hvor EFD la til grunn at tolkningen av formkravene ”*må ske under hensyntagen til virkningen af kompetencevedtagelsen, der både udelukker værneting et ifølge det almindelige princip i konventionens artikel 2 og de specielle værneting , som nævnes i artiklerne 5 og 6 ; I betragtning af de følger, som en sådan kompetencevedtagelse kan have for kontrahenternes stilling i retssagen...*”.¹¹¹

¹⁰⁸ Se bl.a. Effer pkt. 6 og Rösler pkt. 23

¹⁰⁹ Jenradrapporten s. 37

¹¹⁰ Dette fremgår bl.a. av rettspraksis: Salotti pkt. 7 og Segoura pkt. 6

¹¹¹ Segoura pkt. 6.

For å sikre at partene i en vernetingsavtale har kunnskap om at de ved inngåelsen av vernetingsavtalen fraviker den beskyttelse de har krav på etter det alminnelige prinsipp i Brf art. 2 og de spesielle vernetings i Brf art. 5 og 6, er de i Brf art. 23 innførte formkrav utformet for å sikre at partene virkelig er enige om inngåelsen av vernetingsavtalen. At formålet med formkravene er å sikre partenes enighet fremgår bl.a. av *Salotti*-saken hvor EFD fastslo at domstolen som får en sak forelagt må prøve om vernetingsklausulen ”*faktisk har vært genstand for parternes samstemmende vilje*”.¹¹²

Dersom det skal oppnås sikkerhet for at partene faktisk har vedtatt avtalen må to formål være oppfylt. Partene må ha faktisk kunnskap om vernetingsklausulens innhold, og være oppmerksomme på at de vedtar vernetingsklausulen. Disse to hensynene i fellesskap vil jeg i det følgende betegne som hensynet til *sollenitet*.¹¹³ De to formålene vil i mange tilfeller være sammenfallende.

På bakgrunn av at en fravikelse av systemet i Brf anses for å være et vesentlig inngrep i rettsbeskyttelsen til individene innenfor EU, har EFD lagt til grunn at domstolen har en *plikt* til å forsikre seg om at enighet om vernetingsklausulen faktisk foreligger og at denne enigheten er ”*udtrykt klart og præcist*”.¹¹⁴ Formkravene har derfor til også formål å sikre bevis for at den faktisk enigheten om vernetingsklausulen er til stede mellom partene mellom partene.¹¹⁵ Dette vil jeg videre betegne som hensynet til *notoriet*.

Hensynet til notoriet og sollenitet virker, som vi skal se videre, som retningslinjer ved fortolkningen av de formelt uttrykte formkravene i Brf art. 23. Hensynene må imidlertid også sees i forhold til hvilke krav som er praktisk mulig å gjennomføre. Formkravene kan ikke tolkes slik at det blir altfor vanskelig å oppfylle kravene i praksis. Dette fremgår bl.a. i *Jenard*-rapporten hvor det legges til grunn at reglene om vernetingsavtaler ikke skal

¹¹² Salotti pkt. 7.

¹¹³ Se Jenardrapporten s. 37, Salotti-saken pkt. 9 og Segoura pkt. 8.

¹¹⁴ Se Salotti-saken pkt. 7 og Segoura-saken pkt 6

¹¹⁵ Se Jenardrapporten s. 37 hvor det legges til grunn at det må foreligge ”*a true agreement*”.

”impede commercial practice”.¹¹⁶ Hvordan dette hensynet avveies mot hensynet til sikkerhet for at partene er enige om inngåelsen av vernetingsklausulen vil fremgå i min drøftelse av formkravene.

På denne bakgrunn er det i rettspraksis fra EFD en rekke ganger presisert at reglene om vernetingsavtaler er unntak fra hovedregelen i Brf art. 2 og derfor slått fast at Brf formkravene skal *”fortolkes snævert”*.¹¹⁷ Dette må sees i sammenheng med presumpsjonen som ble lagt til grunn i *Segoura*-saken om at det ikke *”kan antages, at en kontrahent skulle give afkald på de fordele, som konventionens vernetingsregler gir”*.¹¹⁸ Det er først ved resultatet av en tolkningsprosess at en rettsanvender kan fastslå om tolkningen er snever eller ikke. Sett på denne bakgrunn virker det som om man ved tolkningen av formkravene skal legge mest vekt på det tolkningsresultat som har de minst vidtrekkende konsekvenser for saksøkte. Det er imidlertid kun formkravene som skal tolkes snevert. Dersom formkravene først er oppfylt må domstolens kompetanse avgjøres på bakgrunn av en tolkning av avtalen.

3.2.2 Krav til skriftlighet

Brf art. 23.1a angir to alternative muligheter for hvordan en vernetingsklausul gyldig kan utformes skriftlig. Klausulen kan enten inngås skriftlig, eller så kan vernetingsavtalen inngås muntlig, men med en skriftlig bekreftelse.

Avhandlingen vil som nevnt bare drøfte de rent skriftlige avtalene. Skriftlighetskravet er et kjent formkrav i kontraktsretten.¹¹⁹ De fleste har en ”magefølelse” med hva som ligger i begrepet “skriftlig”. Det er imidlertid ikke like enkelt å presisere generelt hvilke krav som stilles for at en meddelelse skal være skriftlig. Spesielt vil dette være tilfelle ved elektroniske avtaler som anvendes ved elektronisk handel over Internett. At en

¹¹⁶ Jenardrapporten s. 37

¹¹⁷ Ibid

¹¹⁸ Segoura pkt. 8

¹¹⁹ Eckhoff s. 118 flg.

vernetingsavtale kan inngås ved bruk av elektroniske avtaler er i dag slått fast i Brf art. 23.2: ”Med skriftlig sidestilles enhver elektronisk meddelelse, som varigt dokumenterer aftalen om værneting”.¹²⁰ For en tilbyder ved elektronisk handel som ønsker å oppnå forutberegnlighet i forhold til domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre et rettsforhold er det av stor betydning å ha kunnskap om hvilke krav som stilles for at den elektroniske meddelelsen skal sidestilles med en skriftlig meddelelse jf. Brf art. 23.2. Problemstillingen videre blir derfor hvilke krav som stilles til en elektronisk meddelelse for at den skal ”sidestilles” med en ”skriftlig” jf. Brf art. 23.2.

Først må det drøftes hva som utgjør en elektronisk meddelelse jf. art. 23.2. En elektronisk meddelelse overføres ved bruk av negativt ladede elektroniske partikler/elektroner. Meddelelsen kan overføres analogt eller digitalt. Analoge signaler består av kontinuerlig variable fysiske størrelser. Tidlige datamaskiner var basert på analog teknologi.¹²¹ I dag foregår imidlertid det meste av utvekslingen av elektroniske meddelelser ved bruk av digital teknologi.¹²² Typiske eksempler er elektronisk post, såkalte prateprogrammer/Internet relay chat og teleks. Digital teknologi er basert på kombinasjoner av ulike elektriske impulser som identifiseres ved bruk av sifre. Det vanligste er å bruke det binære tallsystem som består av tallkomponenter kalt bits, tallene 0 eller 1. For mennesker vil det imidlertid ikke være mulig å oppfatte de elektroniske signalene. For at det skal foreligge en ”meddelelse” jf. Brf art. 23.1a, må de elektroniske signalene kunne oppfattes og tilordnes et innhold av mennesker. Det er nettopp dette som ligger i ”meddelelse” jf. Brf art. 23.2. Når det dreier seg om digitale signaler krever dette for det første at de elektroniske signalene kombineres med formater. Et format er i denne sammenheng en standard som tilordner kombinasjonene av bits meningsinnhold ved å

¹²⁰ Det samme fulgte visstnok også av Brk art. 17, se Pålsson s. 191 med henvisninger.

¹²¹ Ettersom oppgaven dreier seg om elektronisk handel over Internett vil jeg avgrense mot en videre behandling av elektroniske meddelelser som overføres analogt. Når jeg videre benytter begrepet ”elektronisk meddelelse” mener jeg således elektroniske meddelelser sendt ved bruk av digitale signaler.

¹²² Oversettelse hentet fra Norsk Språkråds Internettider

<http://www.sprakrad.no/templates/Page.aspx?id=270>

oversette tallkombinasjonene til skrift, lyd, bilde etc. For det andre er det nødvendig at de elektroniske digitale signalene fikseres dersom mennesker skal oppfatte innholdet de representerer. Fikseringen skjer ved at de elektroniske signalene som meddelelsen består av lagres på forskjellige lagringsmedier. De elektroniske signalene må kunne tilordnes et nærmere bestemt meningsinnhold som kan forstås av mennesker. Den elektroniske meddelelsen lagres mekanisk, optisk eller magnetisk på et lagringsmedium.¹²³ Eksempler på slike lagringsmedier kan være en datamaskins RAM DVD-plater eller disketter.¹²⁴ En elektronisk meddelelse er altså elektroniske signaler som kan forstås og tilordnes et meningsinnhold av mennesker. Når det dreier seg om digitale signaler som overføres over Internett, forutsetter dette at de elektroniske signalene foreligger i et format som tilordner signalene et meningsinnhold og at de elektroniske signalene fikseres på et lagringsmedium. Problemstillingen videre blir da hvilke krav som stilles til formatet og lagringsmediet som de elektroniske signalene kombineres med for at den elektroniske meddelelsen skal sidestilles med en skriftlig meddelelse jf. Brf art. 23.2.

3.2.2.1 Krav til formatet

I følge art. 23.2 ”sidestilles *enhver* elektronisk meddelelse, som varigt dokumenterer *aftalen om værneting*” med begrepet ”skriftlig”.¹²⁵ Ut i fra dette kan det virke som om elektroniske meddelelser som foreligger i form av bilde, lyd osv. oppfyller kravet til skriftlighet jf. Brf art. 23.1a. At en meddelelse er skriftlig innebærer imidlertid at meddelelsen foreligger i et skriftspråk.¹²⁶ Dette er en klar forutsetning for Brf art. 23.1a. Spørsmålet blir derfor om det stilles krav til at formatet den elektroniske meddelelsen foreligger i jf. Brf art. 23.2 omgjør de elektroniske signalene til et skriftspråk.

¹²³ Jeg vil avgrense mot mekanisk lagring da dette ikke normalt benyttes ved elektronisk handel.

¹²⁴ Ettersom en elektronisk meddelelse før den lagres ikke kan oppfattes av et menneske, er det mulig det allerede i begrepet ”meddelelse” stilles krav til lagring på et medium.

¹²⁵ Min utheving

¹²⁶ Se også Heine mfl. s. 69 En god definisjon av begrepet “Written”, som tilsvarer det norske begrepet “skriftlig” finnes i Black’s Law Dictionary: ”The expression of ideas by letters visible to the eye. The giving an outward and objective form to a contract will, etc., by means of letters or marks placed upon paper, parchment, or other material substance”.

Isolert sett virker det som om art. 23.2 også tillater at en avtale om vernetings inngås ved elektroniske meddelelser som ved bruk av formater oversettes til lyd og bilde. Dette ville for eksempel åpne for at et digitalt opptak av lyd ville oppfylle formkravet i art. 23.2 så fremt det digitale opptaket var fiksert på en slik måte at det *”varig dokumenterer aftalen om vernetings”*.

Brf art. 23.2 må imidlertid sees på bakgrunn av forarbeidene til Forordningen hvor Kommisjonen uttaler at *”Kravet om ”skriftlig aftale” eller en ”skriftlig” bekræftet muntlig aftale [ikke må] anfægte gyldigheden af en vernetingsklausul, som er aftalt på anden vis end ved skriftlig aftale, men som sees på skærm”*.¹²⁷ Som vi ser forutsetter Kommisjonen at avtalen kan oppfattes ved bruk av øynene ved at den *”sees på skærm”*. Dette utelukker meddelelser i form av lydopptak. Det er imidlertid mye som kan *”sees på skærm”*. Det kan for eksempel tenkes at noen gjennom et filmopptak bestående av mennesker i bevegelse gir uttrykk for en vernetingsklausul.

Sett i sammenheng med skriftlighetskravet i art. 23.1a må det imidlertid være klart at det stilles krav til at den elektroniske meddelelsen foreligger i skrifttegn. Formålet med art. 23.2 var å ta *”hensyn til utviklingen inden for kommunikationsteknik”*.¹²⁸ Det er ikke noe i forarbeidene som tilsier at lovgiver ønsker å endre kravet til at vernetingsavtalen måtte være utformet ved bruk av et skriftspråk ved innføringen av art. 23.2. At den elektroniske meddelelsen måtte foreligge i skrifttegn for å oppfylle kravet til skriftlighet var også klart etter Brf art. 17. Det kan derfor slås fast at også elektroniske meddelelser må foreligge i et format som oversetter meddelelsen til skrifttegn dersom de skal være gyldige etter Brf art. 23.2.¹²⁹

¹²⁷ KOM(1999)348 s. 17

¹²⁸ Ibid

¹²⁹ Ved at skrifttegnene må *”sees”* kan det virke som om KOM(1999)348 utelukker elektroniske kommunikasjon ved bruk av punktskrift som *Braile* eller *Moon*. Om dette er tilfellet er usikkert. Jeg vil av hensyn til avhandlingens lengde ikke drøfte spørsmålet nærmere.

Skriftspråket har en lang utviklingslinje. Fra piktogrammer som hieroglyfer over til regionale språk basert på tegnsystemer og til dagens globale dataspråk. Et skriftspråk er et tegnsystem som gir grunnlag for menneskelig kommunikasjon. De ulike tegnene tilordnes meningsinnhold ved at kombinasjonene av tegnene utgjør ord i forskjellige språk. Tegnene er *koder* som flere mennesker enten innenfor en gruppe eller globalt har muligheten for å tilordne meningsinnhold. Skriftsystemet skiller seg fra andre mulig symbolske skriftsystemer ved at leseren må forstå språket som er knyttet til tegnsystemet for å være i stand til å forstå og lese teksten.¹³⁰

Hvilke kombinasjoner av tegn som benyttes og hvilke ord disse representerer varierer i de forskjellige skriftspråkene. De færreste mennesker er i stand til å forstå alle de forskjellige kombinasjonene av tegn og språk som skriftspråkene består av. For at en avtalepart skal ha faktisk kunnskap om innholdet av en vernetingsavtale, må han kjenne språket som benyttes i den.

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om det for at en meddelelse skal være skriftlig jf. Brf art. 23.1a og 23.2 må stilles krav til at meddelelsen er utformet på et bestemt skriftspråk.

Problemstillingen er ikke drøftet i forarbeidene. I *Elefanten Schuh*-saken ble det slått fast at partene i hvert fall kunne bruke et annet språk enn det som var preceptorisk i henhold til *lex causae*. Utover dette er spørsmålet om hvilket språk som anvendes i en vernetingsavtale ikke drøftet av EFD.

Når ikke annet er bestemt i ordlyden i Brf art. 23.1a, taler hensynet til partenes kunnskap for at hovedregelen er at vernetingsavtalen må utformes på et språk som er allment forståelig. På bakgrunn av at formkravene skal ivareta hensynet til sikkerhet for partenes faktiske enighet, kan det imidlertid være det må stilles opp enkelte grenser. Formkravene i

¹³⁰ For en nærmere innføring i skriftspråk se ”*A History of writing*” av Steven R. Fischer.

Brf art. 23 skal som nevnt føre til at partenes enighet blir ”*udtrykt klart og præcist*”.¹³¹ Det kan ikke da være tilstrekkelig at en person forstår språket. Det må imidlertid være klart at utsagnet ikke må være utformet slik at enhver forstår det. Det må imidlertid være forsvarlig å avgrense mot språk som er utdød. Det kan for eksempel ikke forventes at en avtalepart kjenner og forstår norrønt selv om språket både kan uttrykkes ved tegn og tidligere var i bruk i Nord-Europa. Det kan kanskje stilles visse krav til språkets utbredelse. Dette kan imidlertid ikke utgjøre det eneste kriteriet. Dersom vernetingsklausulen for eksempel er inntatt ved en lenke til en nettside som inneholder en vernetingsklausul utformet på kinesisk, kan det vanskelig sies å skapes sikkerhet for at partene i en kontrakt som faller under Brf forstår innholdet av vernetingsklausulen. Dette på tross av at kinesisk, sett i global sammenheng, er et meget utbredt språk. Hvilke språk som vernetingsklausulen kan utformes på etter Brf art. 23.1a må imidlertid avgjøres konkret og det kan ikke utelukkes at en vernetingsklausul utformet på kinesisk kan være tilstrekkelig. Det må ved vurderingen både tas hensyn til sikkerheten for at partene har kunnskap om vernetingsklausulen og til at det må være praktisk mulig å inngå en vernetingsavtale, uten å ha full kunnskap om den andre parts språkkunnskaper.

Anvendelsesområdet for Brf er EU. Dette kan tale for at i alle fall alle de nasjonale språkene som anvendes i statene i EU kan godtas. Utover dette er det vanskelig å si noe generelt. Derfor bør en tilbyder ved elektronisk handel som ønsker å utforme en vernetingsavtale som er gyldig etter Brf art. 23.1a sørge for at formatet som den elektroniske meddelelsen foreligger i, oversetter tallkombinasjonene til et av de nasjonale språk i EU.

Standardiseringen av formatene gjør at det blir forholdsvis enkelt å utveksle elektroniske meddelelser over et nettverk bestående av datamaskiner.¹³² Selv om formatene i stor grad er standardisert er det ikke sikkert at mottaker har tilgang til et program som gjør det mulig

¹³¹ Se Salotti pkt 7 og Segoura pkt. 6

¹³² Se Heine mfl. s. 31. Som eksempel på en internasjonal standard for digital håndtering av bokstaver kan nevnes American Standard Code for Information Interchange (ASCII).

å oversette tallkombinasjonene til et mer forståelig skriftspråk. Normalt vedlegges derfor en elektronisk meddelelse informasjon om formatet den foreligger i. Dette gjøres enkelt ved at filnavnet blir angitt med en forkortelse av betegnelsen på formatet. For eksempel .doc, .gif eller .mpg. Dersom den elektroniske meddelelsen ikke er vedlagt slik informasjon foreligger det ikke sikkerhet for at partene har kunnskap om vernetingsklausulen. På denne bakgrunn vil jeg slå fast at en digital elektronisk meddelelse for å oppfylle kravet til skriftlighet jf. art. 23.1a må vedlegges informasjon om hva slags format meddelelsen foreligger i.

Den elektroniske meddelelsen kan også vedlegges informasjon om hvordan dataprogrammene som støtter formatet kan skaffes til veie. Dette kan for eksempel gjøres ved en *link* til et nettsted hvor programmet kan lastes ned. En slik ordning vil ikke være særlig kostnadskrevende. Særlig ved ensidig utarbeidede vernetingsklausuler vil dette bidra til å forhindre at en part blir bundet av en vernetingsklausul han ikke har kunnskap om. Om det kan stilles som krav til den elektroniske meddelelsen at det vedlegges informasjon om formatet og/eller informasjon om hvordan man får tak i et program som oversetter skrifttegnene på bakgrunn av formatet, er ikke sikkert. På bakgrunn av de ovenfor nevnte hensyn kan imidlertid mye tale for at det stilles et slikt krav.

For kort å oppsummere ser vi at en elektronisk meddelelse også må foreligge i et skriftspråk for å oppfylle formkravene i Brf art. 23.2. Det må også stilles visse krav til skriftspråket som anvendes. Det nærmere innholdet av disse kravene må bestemmes konkret i forhold til hver enkelt avtale. Den elektroniske meddelelsen bør videre vedlegges informasjon om hva slags format den foreligger. Det er også mulig det må stilles krav til opplysninger om hvilke dataprogrammer som kan oversette tallkombinasjonene og hvor disse programmene kan skaffes.

3.2.2.2 Krav til fikseringen av den elektroniske meddelelsen – Varig dokumentasjon

Det skriftlige språk har alltid vært knyttet til skriveredskapene og mediet skriften blir festet til. For at skrifttegn skal være uttrykt ”skriftlig” må det som nevnt stilles krav til at tegnene

blir festet til et medium. Tradisjonelt har fikseringen blitt foretatt ved at skrifttegnene er blitt festet til papir.

Ved at skrifttegnene festes til et medium blir for det første tegnene objektivt konstaterbare. Det vil si at et menneske ved bruk av *sansene* kan oppfatte tegnene. Som nevnt oppfattes skrifttegnene ved bruk av synet når avtalen er nedfelt skriftlig.¹³³ Det er nettopp denne muligheten for objektiv konstaterbarhet som gir sikkerhet for at partene har tilegnet seg innholdet av vernetingsavtalen og har bundet seg til den jf. art. 23.

Fikseringen av skrifttegnene fører imidlertid også til at det blir mulig å etterprøve innholdet av avtalen. Dette er for det første av betydning for domstolen som skal avgjøre om enighet foreligger mellom partene. Muligheten for etterprøving er imidlertid også for det andre av spesiell betydning for muntlige avtaler som er bekreftet skriftlig jf. art. 23.1. Den skriftlige bekreftelsen skal nettopp gjøre det mulig for parten som får den tilsendt å etterprøve innholdet og reagere dersom bekreftelsen ikke gir uttrykk for det partene ble enige om i den muntlige avtalen.

Brf art. 23.1a krever kun at avtalen er inngått skriftlig. Etter ordlyden isolert sett stilles det derfor ikke noe krav til at avtalen faktisk må foreligge i skriftlig form når saken anlegges for domstolen for å være gyldig inngått etter Brf art. 23.1a. Et av hovedformålene med kravet til skriftlighet er imidlertid at avtalen skal virke som bevis for avtalens eksistens. Det er i utgangspunktet den part som hevder at en avtale foreligger som har bevisbyrden for dette. Dersom vernetingsavtalen faktisk ikke foreligger skriftlig, vil det antas å være vanskelig å nå frem med et krav på grunnlag av vernetingsavtalen. På denne bakgrunn må det, i alle fall i praksis, stilles et krav om at vernetingsklausulen foreligger skriftlig når saken anlegges for domstolen.

¹³³ Eventuelt kan skriften som nevnt oppfattes ved bruk av følelsen i fingrene gjennom såkalt *punktskrift*.

Dersom skriften kun oppfattes ved bruk av andre sanser som, for eksempel hørsel ved at noen hører en blyant skrive på papir, er det klart at avtalen ikke er skriftlig,

Når det gjelder skrift nedfelt på papir, vil fikseringen normalt sett automatisk føre til at det både er mulig for partene å sette seg innholdet og gjøre det mulig er å etterprøve innholdet. Ved digital elektronisk meddelelse vil, som vi skal se, imidlertid fikseringen som er nødvendig for at et menneske skal kunne oppfatte tegnene, og fikseringen som gjør det mulig å etterprøve skrifttegnene ikke nødvendigvis skje på samme måte. I Brf art. 23.2 har lovgiver tatt konsekvensen av dette og stilt som krav at en elektronisk meddelelse for å være skriftlig ”varig dokumenterer” avtalen om vernetting. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvilke krav som stilles til en elektronisk meddelelse for at den ”varig” skal dokumentere vernetingsavtalen jf. art. 23.2.

Kravet til varig dokumentasjon i Brf. art. 23.2 innebærer for det første at den elektroniske meddelelsen må foreligge uendret. For det andre medfører kravet til varighet at meddelelsen må foreligge uendret i et visst tidsrom.¹³⁴ Jeg vil derfor i det følgende ta for meg innholdet av disse to kravene. For en tilbyder i elektronisk handel vil det imidlertid også være av betydning hvem av partene som må dokumentere den elektroniske meddelelsen og hvor dette må gjøres. Jeg vil også drøfte hvordan en elektronisk meddelelse kan oppfylle kravet til varig dokumentasjon av vernetingsavtalen jf. Brf art. 23.2.

Tidsrommet for dokumentasjonen. I motsetning til hva som er tilfellet med skrift festet til papir, vil en elektronisk meddelelse ofte kun eksistere i kort tid. Dette gjelder for eksempel som vi skal se i en datamaskins RAM. Som nevnt ligger det i begrepet varig at den elektroniske meddelelsen må dokumentere vernetingsavtalen i en viss periode. Det nærmere innholdet av begrepet ”varig” er ikke nærmere klarlagt i art. 23. Problemstillingen i det følgende blir derfor hvor lenge den elektroniske meddelelsen må lagres for å oppfylle kravet til ”varig” dokumentasjon i art. 23.2.

¹³⁴ Dette fremgår også av definisjonen av ”varig medium” i Direktivet om fjernsalg av finansielle tjenesteytelser til forbrukerne art. 2.f: ”en indretning, som setter forbrukeren i stand til at lagre opplysninger sendt til ham personlig på en måte, der muliggjør senere konsultation **i en periode**, som er affasset efter opplysningernes formål, og som giver mulighed for **uændret** gengivelse af de lagrede oplysninge” [Min utheving].

Isolert sett tilsier ordlyden at dokumentasjonen må gjøre den elektroniske meddelelsen tilgjengelig i en viss periode. Perioden kan ikke være helt kort og må sees i forhold til formålet med lagringen. Det må derfor for det første være klart at den elektroniske meddelelsen må lagre vernetingsavtalen så lenge at partene kan sette seg inn i innholdet før avtaleinngåelsen. Dette vil bidra til å sikre partenes faktiske enighet om vernetingsavtalen.¹³⁵

Den elektroniske meddelelsen skal imidlertid også gi notoritet rundt partenes enighet og kunne virke som bevis for en domstol. Den elektroniske meddelelsen vil være til liten hjelp for domstolen dersom den på tidspunktet for saksanlegget er slettet, og derfor ikke gjenfinnes. Det må derfor stilles krav til at den elektroniske meddelelsen er lagret på en slik måte at den kan legges frem ved et eventuelt fremtidig saksanlegg jf. Brf art. 23.2.

Det er vanskelig å fastslå nærmere hvor lenge den elektroniske meddelelsen må lagres for at den skal kunne anvendes som bevis for avtalens eksistens. Det må for det første være klart at det ikke kan stilles krav til at den elektroniske meddelelsen vil dokumentere vernetingsavtalen i evig tid. Av hensyn til harmoniseringen av lovgivningen innad i EU kan andre unionsregler være relevante for å avgjøre lengden.¹³⁶ Direktivet om fjernsalg av finansielle tjenesteytelser til forbrugere stiller i art. 5.1 krav til at avtalevilkår fra leverandøren til forbrukeren skal lagres på papir eller "*andet varig medium*". I følge Direktivets art. 2 skal lagringen på det varige medium sette forbrukeren i stand til å lagre opplysningene på en måte som muliggjør senere konsultasjon "*i en periode, som er afpasset efter oplysningernes formål...*". Formålet med en vernetingsavtale er å tilordne en domstol kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist i tilknytning til et bestemt rettsforhold. Alle krav i tilknytning til et rettsforhold vil falle bort ved utløpet av den foreldelsesfrist

¹³⁵ Se Jenardrapporten s. 37

¹³⁶ Se også Østergaard s. 337

som er satt for kravet som tvisten har sin bakgrunn i.¹³⁷ Etter dette tidspunkt er det derfor lite trolig at en tvist i tilknytning til kravet vil komme opp for domstolen. Dette taler for at perioden vernetingsavtalen lagres i vil variere med foreldelsesfristen av mulige krav som kan komme opp for domstolen på bakgrunn av det rettsforhold avtalen omfatter. Det vil ikke være mulig innenfor oppgavens ramme å drøfte alle mulige foreldelsesfrister som her kan blir relevante. Om et slikt synspunkt kan legges til grunn er videre usikkert ettersom en sak kan bli reist for en domstol på tross av at kravet er utløpt og domstolen må da vanligvis før den tar stilling til om foreldelsesfristen er utløpt ta stilling til sin kompetanse til å realitetsbehandle tvisten.

Oppsummert er det slik jeg ser det holdbart å slutte at tidsperioden den elektroniske meddelelsen må dokumentere vernetingsavtalen i vil variere med hvilke rettsforhold vernetingsavtalen omfatter. Foreldelsesfristen av mulige krav i tilknytning til kontrakten kan gi en indikasjon på lengden av lagringsperioden.

Typer av lagringsmedier. Dersom en elektronisk meddelelse blir skrevet ut på papir må det være klar at kravet er oppfylt. Spørsmålet her er hvilke andre typer av lagringsmedier som vil kunne lagre den elektroniske meddelelsen i en tilstrekkelig lang tidsperiode til å oppfylle kravet til "varig" dokumentasjon i art.23.2.

Ved kommunikasjon over et elektronisk nettverk vil den digitale meddelelsen alltid bli fiksert i et eller annet tidsrom. Problemet er at fikseringen ofte er helt kortvarig slik at varighetskravet i Brf art. 23.2 ikke vil bli oppfylt. Det må for det første være klart at all lagring som skjer i forbindelse med transporten av den elektroniske meddelelsen fra avsender til mottaker, for eksempel caching, ikke kan oppfylle kravet til varighet i art. 23.2. Til det er lagringen for tilfeldig og kortvarig.

¹³⁷ For internasjonale forhold kan det vises til Konvensjon av 14 juni 1974 om foreldelse i internasjonale kjøpsforhold hvor foreldelsesfristen i art. 8 er satt til 4 år fra det tidspunkt kravet forfaller. Den absolutte foreldelsesfristen er i art. 23 satt til 10 år fra den dag forpliktelsen tok til å løpe.

Når den elektroniske meddelelsen befinner seg på en datamaskin vil den enten kunne lagres i datamaskinens RAM eller dens harddisk. RAM er maskinens arbeidsminne og er nødvendig for at maskinen skal fungere.¹³⁸ Lagringen foregår imidlertid elektronisk. Når maskinen slås av eller strømmen kobles fra, slettes imidlertid den informasjon som ligger i RAM. Etterhvert som minnet blir fullt, vil informasjon automatisk slettes fra minnet. RAM er derfor lite egnet til å oppbevare elektroniske meldinger over tid. Dersom den elektroniske meddelelsen som inneholder vernetingsklausulen kun lagres i datamaskinens RAM vil derfor ikke kravet til varighet jf. art. 23.2 være oppfylt.

For at en elektronisk meddelelse skal lagres selv om strømmen blir koblet fra kan den fikseres enten magnetisk eller optisk. I preambelen til ”Direktivet om fjernsalg av tjenesteydelser til forbrukerne” pkt. 20 er det foretatt en eksemplifisering av hvilke medier som vil være varige: ”Varige medier omfatter bl.a. disketter, cd-rom’er, dvd’er og harddisken på forbrukerens computer...”. Det må være klart at en meddelelse lagret på slike medier vil oppfylle kravet til varighet i Brf art. 23.2.

Hvor varig meddelelsen blir lagret vil imidlertid også avhenge av det enkelte mediets lagringskapasitet. For eksempel hadde mobiltelefoner tidligere relativt liten lagringskapasitet og brukeren var, for å kunne nyttiggjøre seg telefonen, nødt ofte til å slette informasjon. Dette førte til at de ikke kunne benyttes til varig lagring.¹³⁹ I dag er imidlertid lagringskapasiteten på en mobiltelefon relativt stor noe som kan ha ført til at de i dag tilfredsstiller kravet til varighet jf. art. 23.2. På de fleste magnetiske lagringsmedier blir imidlertid ikke opplysningene slettet dersom det ikke foretas en aktiv handling. På denne bakgrunn antas det at elektroniske meddelelser som er lagret magnetisk og som ikke slettes automatisk vil oppfylle kravet til varighet i tid i art. 23.2.

¹³⁸ Random Access Memory (RAM) er hurtigminnet til en datamaskin. Her lagres opplysninger midlertidig for raskere dataprosessering, på grunn av at lesing fra harddisken går så tregt i forhold til farten på prosessoren.

¹³⁹ Nilsen s. 219

I til preambelen ”Direktivet om fjernsalg av tjenesteydelser til forbrukerne” pkt. 20 er det videre antatt at ”*internetsteder*” ikke oppfyller kravet til varighet ”*med mindre sådanne websteder oppfyller kriteriene i definitionen av et varig medium*”. Dette må bero på at websider som oftest blir lagret på en måte som gjøre at de enkelt lar seg endre og at det derfor ikke er noen sikkerhet for at de er lagret slik de var ved avtaleinngåelsen ved tidspunktet for saken. Dersom websiden er lagret på en måte som gjør at den ikke lar seg endre, for eksempel ved bruk av en tilgangssperre, er det imidlertid ikke noe i veien for at kravet til varighet er oppfylt.

Uendret form. Begrunnelsen for kravet til skriftlighet i art. 23.1a ligger i det tradisjonelle synspunkt at et skriftlig dokument fiksert med trykksverte på papir er vanskelig å endre og derfor har en sterk bevisverdi.¹⁴⁰ Det at en vernetingsavtale er nedfelt skriftlig på papir er derfor velegnet til å oppfylle hensynet til notoritet og til å tjene som bevis for partenes enighet. Elektroniske meddelelser fikseres og lagres imidlertid som nevnt mekanisk, optisk eller magnetisk og lar seg ofte enkelt endre uten at det like enkelt lar seg oppdage. For at den elektroniske meddelelsen skal kunne virke som bevis og dokumentere inngåelsen av en vernetingsavtale jf. art. 23.2 må det derfor være en viss sikkerhet for at innholdet i den elektroniske meddelelsen ikke er endret.

Problemstillingen blir derfor hvilke krav som må stilles til at den elektroniske meddelelsen foreligger i uendret form.

I rettspraksis fra EFD er det som nevnt blitt lagt til grunn at formkravene skal ”*sikre at parternes samstemmende vilje faktisk har vært til stede*”.¹⁴¹ Formkravene skal sikre bevis for partenes enighet. Selv om den elektroniske meddelelsen skal ”*sikre*” at partene faktisk har vært enige, kan det ikke kreves at enigheten bevises ut over enhver rimelig tvil.¹⁴² Dette ville føre til at det måtte stilles meget strenge krav til hvordan den elektroniske meddelelsen ble sikret, noe som ville stride mot hensynet til at formkravene ikke skal

¹⁴⁰ Heine mfl. s. 70

¹⁴¹ Salotti pkt. 7, Segoura, pkt. 6 og MSG pkt. 15

¹⁴² Slik beviskravet er i strafferetten se Hov I s. 273

*”impede commercial practice”*¹⁴³ I utgangspunktet stilles det krav til sannsynlighetsovervekt ved fortolkningen av bevis.¹⁴⁴ Når det verken av rettspraksis eller forarbeidene framgår at beviskravet er et annet, må utgangspunktet legges til grunn. Den elektroniske meddelelsen må derfor dokumentere vernetingsavtalen på en slik måte at det er overveiende sannsynlig at den ikke er blitt endret jf. Brf art. 23.2.

Spørsmålet blir da hvordan dokumentasjonen av en vernetingsavtale inntatt i en elektronisk meddelelse kan sikres, slik at det er overveiende sannsynlig at den ikke er blitt endret. Det kan for det første være at mediet meddelelsen er lagret på gjør det vanskelig å endre innholdet. Dette vil særlig kunne gjelde ved meddelelser som er lagret optisk på for eksempel CD-rom eller DVD.¹⁴⁵ Slike lagringsmedier kan normalt ikke endres etter at fikseringen av meddelelsen er foretatt.

Dersom den elektroniske meddelelsen er lagret på et lagringsmedium som tillater endring, for eksempel en harddisk, vil meddelelsen ofte enkelt kunne endres. Meddelelsen kan sikres mot endring ved bruk av ulike krypteringsalgoritmer som oppretter en sperre mot endringer. Dette kan for eksempel gjøres gjennom ved at klausulene utstyres med en elektronisk signatur i form av en kode.¹⁴⁶ Om det kan stilles krav til at den elektroniske meddelelsen er sikret ved lagringsmediet eller kryptering er usikkert så lenge EFD ikke har uttalt seg om spørsmålet. Uten krypteringen vil det imidlertid, ettersom de digitale meddelelsene er enkle å endre, være vanskelig for domstolen på bakgrunn av den elektroniske meddelelsen å bevise med sannsynlighetsovervekt at meddelelsen ikke er endret. Dette vil igjen gjøre det vanskelig for domstolen på bakgrunn av den digitale elektroniske meddelelsen å avgjøre med sannsynlighetsovervekt om klausulen er endret.

¹⁴³ Se Jenard s. 37

¹⁴⁴ Christiansen s. 311.

¹⁴⁵ I dag finnes det imidlertid både CDer og DVDer som tillater endring.

¹⁴⁶ Om elektroniske signaturer se Halvorsson/Morin *”Elektroniske signaturer, E-affärer utan elände med identifiering, signering och kryptering”*.

Meddelelsen vil da være mindre velegnet til å oppfylle formålet om å etablere sikkerhet for partenes enighet og vil da ikke kunne oppfylle formålet som bevis for partenes enighet. Dette taler for at det må stilles krav om at den elektroniske meddelelsen som inneholder bestemmelsen om verneting utstyres med en kryptering som gjør det overveiende sannsynlig at den elektroniske meddelelsen ikke er endret.

Hvem og skal dokumentere avtalen? Ved handel over Internett kommer ”*Direktivet om elektronisk handel*” (E-handelsdirektivet) til anvendelse jf. E-handelsdirektivet art. 1.¹⁴⁷ I følge E-handelsdirektivet art. 10.b stilles det krav til at tjenesteyteren i et kontraktsforhold gir opplysning om ”*hvorvidt den indgående kontrakt opbevares af tjenesteyderen, samt om den vil være tilgængelig*”. Bestemmelsen stiller altså ikke direkte krav til at opplysningene faktisk lagres av tjenesteyteren. Tjenesteyteren pålegges imidlertid en plikt til å gi tjenestemottakeren opplysning om kontrakten lagres. Bestemmelsen må sees i sammenheng med E-handelsdirektivet art. 10.3 som stiller krav til at kontraktsvilkårene stilles til rådighet for tjenestemottakeren på en slik måte at han kan lagre og gjengi vilkårene.¹⁴⁸ Disse bestemmelsene vil også gjelde for vernetingsavtaler inngått ved elektronisk handel jf. Brf art. 23, noe som medfører at begge partene må ha mulighet for å lagre avtalen om verneting.

Art. 23.2 krever at den elektroniske meddelelsen som dokumenterer avtalen om verneting faktisk lagres jf. Brf art. 23.2. Det foreligger imidlertid ingen *plikt* for noen av partene til å foreta lagringen jf. Brf art. 23.2. Det er derfor ingen garanti for at noen av partene i avtalen faktisk lagrer den elektroniske meddelelsen som inneholder vernetingsklausulen slik at art. 23.2 blir overholdt. Dersom en tilbyder ved elektronisk handel vil være sikker på at vernetingsklausulen blir varig dokumentert i henhold til art. 23.2 bør tilbyder derfor lagre avtalen selv på en slik måte som er illustrert ovenfor. Hvem av partene som foretar

¹⁴⁷ At E-handelsdirektivet er relevant for tolkningen av art. 23.2 fremgår bl.a. av KOM(1999) 348 endelig utgave s. 17 hvor det uttales at art. 23.2 ”...tilgodeser også de mål, der ligger til grund for Kommissionens direktivforslag om de juridiske aspekter ved elektronisk handel.

¹⁴⁸ Se også Østergaard s. 338 og Nielsen s. 216.

lagringen er imidlertid likegyldig. Brf art. 23.2 stiller som krav at den elektroniske meddelelsen som inneholder vernetingsklausulen faktisk lagres.

3.2.2.3 Oppsummering av kravet til skriftlighet

For at en elektronisk meddelelse skal sidestilles med en skriftlig meddelelse jf. art. 23.2 stilles det altså for det første krav til at den elektroniske meddelelsen kan oversettes til et skriftspråk som er daglig i bruk i EU ved hjelp av et format. Det stilles videre krav til at den elektroniske meddelelsen gir opplysning om hva slags format den foreligger i. Det stilles for det andre etter Brf art. 23.2 krav til at den elektroniske meddelelsen lagres på en slik måte at det er overveiende sannsynlig at den ikke er endret. For det tredje stilles det jf. Brf art. 23.2 krav til at lagringen av den elektroniske meddelelsen som inneholder vernetingsavtalen gjør det mulig at den elektroniske meddelelsen kan fungere som dokumentasjon for vernetingsavtalen ved alle tvister som kan tenkes å oppstå i tilknytning til rettsforholdet vernetingsklausulen omfatter. Det stilles for det fjerde krav til at begge partene har faktisk mulighet til å lagre den elektroniske meddelelsen som inneholder vernetingsklausulen.

3.2.3 Krav til skriftlig inngåelse jf. art. 23.1 a

Etter å ha drøftet hvilke krav som etter Brf art. 23.1.a stilles for at en elektronisk meddelelse skal sidestilles med en "*skriftlig*" jf. Brf art 23.2, vil problemstillingen nå bli hvilke krav som stilles for at en vernetingsklausul som inngås elektronisk over Internett skal være "*indgået*" skriftlig jf. art. 23.1.a. Kravet er av særlig betydning for hvordan en tilbyder ved elektronisk handel skal utforme den elektroniske avtalen som inneholder vernetingsklausulen. Jeg vil i det følgende generelt drøfte hvilke krav som må være oppfylt for at en vernetingsavtale skal være inngått skriftlig jf. Brf art. 23.1a. I tilknytning til drøftelsen vil jeg på bakgrunn av konkrete eksempler ta for meg hvordan kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1a kan oppfylles ved elektronisk handel. Til slutt i dette kapittelet vil kort ta for meg de spørsmål som oppstår i tilknytning til at avtaler over Internett ofte inngås automatisk. Det forutsettes at vernetingsklausulen foreligger i skriftlig form jf. Brf art. 23.1a og 23.2.

Hovedformålet med formkravene er som nevnt å sikre at partene faktisk er enige om å inngå vernetingsavtalen. Domstolen som får saken forelagt må derfor fastslå om faktisk enighet foreligger mellom partene. Denne enigheten må gjennom formkravene være uttrykt ”*klart og præcist*”.¹⁴⁹ For at en vernetingsavtale skal være skriftlig ”*indgået*” jf. Brf art. 23.1a stilles det derfor, som vi skal se, for det første krav som skal sikre partenes kunnskap om inngåelsen av vernetingsavtalen. For det andre stilles det visse krav til at det i tilknytning til vernetingsklausulen foreligger en skriftlig viljeserklæring fra partene. Disse kravene vil igjen ha innvirkning på hvordan en vernetingsklausul som inngår i en e-handelsavtale blir utformet og inngått.

Kravet til skriftlig inngåelse er et eksempel på at det kan være vanskelig å skille kravet til avtaleinngåelse og kravet til form.¹⁵⁰ Det forutsettes her som nevnt at avtale om vernetings er gyldig inngått etter *lex causae*. Spørsmålet om kravet til skriftlig inngåelse er oppfylt, er et spørsmål om hvilke *grenser* skriftlighetskravet setter i forhold til en avtale som er gyldig etter *lex causae*.

Ettersom kravet til at partsviljen må fremgå skriftlig, som vi skal se, vil kunne påvirkes av kravene som sikrer at partene har kunnskap om vernetingsklausulen, vil jeg først drøfte kravene som sikrer at partene har kunnskap om vernetingsklausulen.

3.2.3.1 Krav som sikrer partenes kunnskap om vernetingsklausulen

Dersom det på bakgrunn av formkravene skal oppnås sikkerhet for at partene faktisk er enige om å inngå vernetingsavtalen, må det stilles krav til avtaleinngåelsen som sikrer at partene har kunnskap om inngåelsen vernetingsavtalen jf. Brf art. 23.1a.

Av rettspraksis fremgår det at vernetingsavtalen som utgangspunktet må være utformet slik at en *aktsom* medkontrahent kan sette seg inn i innholdet og forstå at han inngår en vernetingsavtale. Dette følger bl.a. av *Salotti*-saken hvor domstolen uttaler at en henvisning

¹⁴⁹ Salotti pkt. 7, Sak 25/76 Segoura pkt. 6 og Tilly Russ pkt. 14.

¹⁵⁰ Se over i kap.3.2.3.

til et dokument, som igjen henviser til et dokument som inneholder en vernetingsklausul, for å oppfylle kravet til skriftlig inngåelse jf. art. 23.1a, må være utformet slik at klausulen kan "*etterprøves af en medkontrahent, der udviser almindelig opmærksomhed*".¹⁵¹

Hvilke krav som nærmere stilles fremgår klarere av *Powell*-saken som omhandlet en vernetingsklausul inntatt i vedtektene til et selskap. Det måtte i følge EFD antas at aksjonæren "*ved eller bør vide at han er bundet af selskabets vedtægter og af vedtektsendringer...*".¹⁵² Det forelå altså etter EFDs mening forhold som gjorde aksjonærene, som var parter i avtalen, *oppmerksomme på vedtagelsen* av vernetingsklausulen. Når partene hadde kunnskap om vedtagelsen av vernetingsklausulen var det tilstrekkelig for at de skulle ha kunnskap om innholdet at klausulen var tilgjengelig for partene.¹⁵³

På denne bakgrunn antas at det stilles visse krav til partenes *tilgang* til vernetingsklausulen og visse krav til at avtaleteksten er utformet på en slik måte at partene blir *oppmerksomme på vedtagelsen* av vernetingsklausulen for at vernetingsavtalen skal oppfylle kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1a

Problemstillingen videre blir hva som er det nærmere innholdet i kravene som skal sikre partenes kunnskap om inngåelsen av vernetingsklausulen, og hvordan disse kravene kan oppfylles når avtalen inngås over Internett jf. Brf art. 23.1a.

Det kan først spørres om det stilles krav til at vernetingsklausulen er særskilt fremhevet i avtalen. Svaret kan finnes ved en antitetisk fortolkning av *Port-Leasing*-saken.¹⁵⁴ Saken dreide seg om en vernetingsavtale hvor en av partene var bosatt i Luxembourg. I protokoll nr. 1 til Brüsselkonvensjonen art. 1 andre ledd fremgår det at en vernetingsavtale inngått av

¹⁵¹ Salotti pkt. 12

¹⁵² Powell pkt. 27

¹⁵³ Powell pkt. 20

¹⁵⁴ Se også Gjelsten s. 53 med henvisninger til teorien.

en person bosatt i Luxembourg kun er gyldig dersom denne personen ”udtrykkeligt og specielt har accepteret aftalen”.¹⁵⁵ EFD la til grunn at dette medførte at ”særlige og strengere betingelser udover dem, der følger af konventionens artikel 17” måtte legges til grunn og slo derfor fast at ”en aftale om kompetence i bestemmelsens forstand kun kan anses som udtrykkelig og specielt acceptert...såfremt den foruden at foreligge skriftlig som foreskrevet i ...artikel 17 findes i en særlig bestemmelse, som ikke handler om andet, og som specielt er underskrevet af den part der har bopæl i Luxemburg, i det underskriften på kontrakten i sin helhed ikke er tilstrækkelig i denne henseende”.¹⁵⁶ Antitetisk kan det da slutes at en vernetingsklausul, i tilfeller hvor ingen av partene er bosatt i Luxembourg, ikke må være særskilt fremhevet i avtaledokumentet. Det samme følger av teorien.¹⁵⁷ Det antas på denne bakgrunn at det ikke stilles krav til at vernetingsklausulen må være særskilt fremhevet i kontrakten for å oppfylle kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1a.

Klausulen kan derfor være inntatt sammen med de andre materielle vilkårene i kontrakten. Det må være tilstrekkelig at vernetingsklausulen er utformet i leselig skrift og inntatt i avtaleteksten som partene vedtar. I et slikt tilfelle vil kravet til partenes tilgang til vernetingsklausulen og kravet til at det foreligger forhold som gjør partene oppmerksomme på vernetingsklausulen være sammenfallende.

Ved elektronisk handel vil avtalevilkårene som inneholder vernetingsklausulen kunne komme opp direkte i et pop-upvindu, eller en annen type webside, for eksempel i form av en clickwrap-avtale når kjøper klikker seg inn på tilbyders nettside.¹⁵⁸ Likheten med en kontrakt utferdiget på papir hvor vernetingsklausulen er inntatt direkte i avtaleteksten er åpenbar. I et slikt tilfelle vil kjøper ha direkte tilgang til klausulen og bli gjort oppmerksom

¹⁵⁵ Protokol til Bruxelles-konventionen af 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager Konsolideret udgave EF-Tidende nr. L 299 af 31/12/1972 s. 0043 – 0044. Se også Gjelsten s. 53 med henvisninger

¹⁵⁶ Se Porta-Leasing pkt. 5 og 9

¹⁵⁷ Pålsson s. 190 og Gjelsten

¹⁵⁸ Se nærmere om clickwrap-avtaler under i kap. 3.2.3.2.

på inngåelsen av avtalen på en slik måte at det i utgangspunktet antas at han har kunnskap om vernetingsavtalen. Det samme vil være tilfellet der kjøper må svare på en e-post før han får interagere videre på nettsiden og vernetingsklausulen fremgår direkte av e-posten eller av et vedlegg til e-posten hvor det er markert at vedlegget inneholder avtalevilkår.

Henvisninger. I rettspraksis har kravet til kunnskap om vedtagelsen av vernetingsklausulen jf. Brf art.23.1a særlig vært aktualisert i tilfeller hvor den ene parten har forsøkt å innarbeide sine allmenne forretningsvilkår, som inneholder en vernetingsklausul, ved å innføre en henvisning i avtaleteksten til et annet dokument som inneholder disse vilkårene. På samme måte kan vernetingsklausulen ved elektronisk handel være søkt innarbeidet ved en henvisning for eksempel i form av en lenke til en annen webside. Vernetingsklausulen vil da ikke fremtre like umiddelbart for kjøper som i de ovenfor nevnte tilfellene.

Det er i disse tilfelle det er enklest å se at det må stilles krav til partenes tilgang til klausulen og til at avtalen er utformet på en måte som gjør partene oppmerksomme på vedtagelsen av klausulen. På bakgrunn av rettspraksis kan det i utgangspunktet skilles mellom to forskjellige situasjoner¹⁵⁹:

For det første hva som kreves for at allmenne vilkår som inneholder en vernetingsklausul skal bli inkorporert ved en direkte henvisning, d.v.s. tilfeller hvor kontrakten direkte henviser til dokumentet som inneholder vilkårene. For det andre hva som kreves av en indirekte henvisning, d.v.s. kontrakter som henviser til et dokument som igjen henviser til et dokument som inneholder en vernetingsklausul.

I *Salotti*-saken drøftet EFD kravene til både direkte og indirekte henvisninger. Saken dreide seg om hvorvidt en vernetingsklausul som utpekte domstolen i Köln som eksklusivt kompetent til å behandle en sak i tilknytning til et kontraktsforhold oppfylte kravet til skriftlig inngåelse i Brk art. 17. Avtalen omhandlet levering av maskindeler fra Rüwa i

¹⁵⁹ Gjelsten s. 57

Tyskland til Salotti i Italia som var inngått på et papirark med Rüwas brevhode og alminnelige avtalevilkår trykket på baksiden. Avtaleteksten på fremsiden av arket inneholdt ingen henvisning til disse vilkårene. Derimot inneholdt avtaleteksten en henvisning til tidligere tilbud hvor det uttrykkelig var henvist til forretningsvilkårene.

EFD drøftet først hvilke krav som skulle stilles utformingen av den direkte henvisningen. Domstolen stilte som krav at avtalen ”*selv udtrykkelig henviser til de almindelige forretningsbetingelser indeholdne vernetingsklausulen*”.¹⁶⁰ En uttrykkelig henvisning til dokumentet som inneholder vernetingsklausulen vil gjøre partene tilstrekkelig oppmerksomme på vedtagelsen av de materielle vilkårene som inneholdt vernetingsklausulen. Dette forutsetter at henvisningen er utformet på en slik måte at det fremgår av avtalen at dokumentet det henvises til inngår i avtalen. Begrunnelsen for synspunktet lå i hensynet til å sikre ”*at parternes samstemte vilje faktisk har været til stede*”.¹⁶¹ Dette fremgår visstnok også av Generaladvokat Capotoris uttalelse i saken¹⁶² og er i overensstemmelse med synspunktet som er uttrykt i Jenardrapporten hvor det heter at et av formålene med formkravene er ”*to cancel out the effects of clauses in contracts which might go unread*”.¹⁶³ Ved at henvisningen må være ”*udtrykkelig*” virker det som om henvisningen må være slik utformet at det ikke kan være grunnlag for noen aktsom tvil om hvilket dokument det henvises til. Dette er i overensstemmelse med utgangspunktet om at vernetingsklausulen må være utformet slik at en aktsom part kan sette seg inn i klausulen.

EFD tok ikke i *Salotti*-saken direkte opp spørsmålet om partenes tilgang til vernetingsklausulen. Dette kan være fordi klausulen var trykket på baksiden av det anvendte kontraktsdokument og derfor var tilgjengelig på avtaletidspunktet. Hvilke krav som stilles til partenes tilgang til vernetingsklausulen kan imidlertid klarlegges på bakgrunn

¹⁶⁰ Salotti pkt 10.

¹⁶¹ Salotti pkt. 7

¹⁶² Gjelsten s. 57 med videre henvisninger

¹⁶³ Jenardrapporten s. 37. Se Gjelsten s. 57-58 hvor det vises til Generaladvokat Capotoris anbefaling i saken som visstnok bygger på denne uttalelsen.

av uttalelsen i Jenardrapporten om at formkravene skal ” *cancel out the effects of clauses in contracts which might og unread*”.¹⁶⁴ For at dette kravet skal være oppfylt må det kreves at dokumentet som inneholder vernetingsklausulen er tilgjengelige for partene på tidspunktet for vedtagelsen av avtalen.¹⁶⁵ Dette er nødvendig for at partene skal ha kunnskap om klausulens innhold og faktisk være enige om å binde seg til denne. At vilkårene som utgangspunkt må være tilgjengelig for partene fremgår også av den ovenfor nevnte *Powell*-saken. Etter å ha slått fast at aksjonærene hadde kunnskap om selskapets vedtekter som inneholdt vernetingsklausulen uttalte domstolen stilte domstolen som krav at ”*vedtægterne opbevares på et sted, der er tilgængeligt for aktionæren...*”.¹⁶⁶ Som vi ser ble det ikke stilt krav om at aksjonæren faktisk hadde tilgang til vernetingsklausulen, så lenge den var tilgjengelig for han på avtaletidspunktet ”*f.eks på selskabets hjemsted...eller i et offentlig register*”.¹⁶⁷ Dersom det foreligger en uttrykkelig henvisning til et dokument som inneholder en vernetingsklausul, må det også være klart at partene vet eller bør vite at de er bundet av vilkårene. Det må også da være tilstrekkelig at vilkårene er tilgjengelige for partene samtidig med avtaleinngåelsen.

Kravet til partenes tilgang til vernetingsklausulen vil påvirkes av hvordan avtaleteksten er utformet. Dette illustreres godt av EFDs drøftelse i *Salotti*-saken vedrørende den indirekte henvisningen. Spørsmålet som EFD fikk forelagt vedrørte gyldigheten av en henvisning til ”*et tidligere skriftlig tilbud, hvori der blev henvist til almindelige forretningsbetingelser inneholdne en vernetingsklausul*”, altså en indirekte henvisning. Domstolen drøftet først hvilke krav som måtte stilles til selve henvisningen. Det ble først lagt til grunn at det i avtaleteksten må foreligge en henvisning til dokumentet som igjen henviser til standardvilkårene som innehar vernetingsklausulen. Henvisningen i avtaledokumentet må som ved en direkte henvisning være uttrykkelig. Det er derfor i følge EFD ikke tilstrekkelig

¹⁶⁴ Jenradrapporten s. 37

¹⁶⁵ Se også Gjelsten s. 59.

¹⁶⁶ Powell pkt. 28

¹⁶⁷ Powell pkt. 28

med en *”indirekte eller stilltiende henvisning”* til de tidligere dokumenter.¹⁶⁸ Dette stemmer overens med hensynet til å sikre partenes enighet. Når det gjaldt henvisningen til vilkårene som inneholdt vernetingsklausulen ble det også stilt krav om at denne måtte være uttrykkelig.¹⁶⁹ Den uttrykkelige henvisningen må være utformet slik at den kan *”etterprøves av en medkontrahent, der udviser almindelig opmærksomhed”*.

Gjelsten synes å legge til grunn at det stilles et strengere krav til henvisningenes utforming ved indirekte henvisninger enn hva som er tilfellet for de direkte henvisningene.¹⁷⁰ Som jeg har drøftet over må det imidlertid både for de direkte og de indirekte henvisningenes vedkommende stilles som krav at henvisningene er utformet slik at en aktsom medkontrahent kan sette seg inn i vilkårene. At vernetingsklausulen kan utformes på en slik måte at den kan etterprøves av en aktsom part er selve hovedregelen for utformingen av vernetingsklausulen. Jeg mener derfor det ikke er grunnlag for å stille strengere krav til utformingen av henvisningene ved indirekte enn ved direkte henvisninger. Dette støttes også av sammenhengen i domstolens uttalelse i *Salotti*-saken om at henvisningen kun er gyldig etter Brk art.17 dersom: *”henvisningen er udtrykkelig og således vil kunne etterprøves af en medkontrahent der udviser almindelig opmærksomhed”*.¹⁷¹ Ved å benytte adjektivet *”således”* viser EFD tilbake til begrepet *”udtrykkelig”* som jo er det samme begrepet som benyttes for å beskrive kravet til den direkte henvisningen.

Når det gjaldt partenes tilgang til vernetingsklausulen ble det stilt krav om at vernetingsklausulen *”faktisk er meddelt medkontrahenten sammen med tilbudet”*.¹⁷² Det er altså i motsetning til hva som er tilfellet for direkte henvisninger ikke nok at vernetingsklausulen er tilgjengelig for medkontrahenten, dersom den ikke faktisk er overlevert sammen med tilbudet. Som vi ser avhenger kravet til partenes tilgang til

¹⁶⁸ Salotti pkt. 12

¹⁶⁹ Ibid

¹⁷⁰ Gjelsten s. 60

¹⁷¹ Min utheving , Salotti pkt. 12

¹⁷² Salotti pkt. 12

vernetingsklausulen av hvor klart avtaleteksten gjør partene oppmerksomme på vedtagelsen av vernetingsklausulen.

Oppsummeringsvis kan det slås fast at vernetingsklausulen må være utformet slik at en aktsom medkontrahent kan sette seg inn i klausulen og forstår at den inngår i avtalen, dersom vernetingsklausulen skal være skriftlig ”*indgået*” jf. Brf art. 23.1a. Hvilke krav som stilles til utformingen av avtaleteksten og hvilken tilgang partene har til vernetingsklausulen vil variere. I enkelte tilfeller vil kravene være sammenfallende ettersom tilgangen til vernetingsklausulen er så direkte at dette i seg selv gjør at partene er eller bør være oppmerksomme på klausulen. Skillet gjør seg som ofte kun gjeldende ved inkorporering av standardvilkår ved bruk av henvisninger. Henvisningen må for å gjøre partene tilstrekkelig oppmerksomme på vedtagelsen av de materielle vilkårene være ”*udtrykkelig*”. Når det gjelder direkte henvisninger må partene ha tilgang til vernetingsklausulen før eller samtidig med avtaleinngåelsen. Når det gjelder de indirekte henvisningene kreves det at partene har faktisk tilgang til vilkårene som inneholder vernetingsklausulen på avtaletidspunktet.

På denne bakgrunn er det mulig det kan stilles opp følgende retningslinje: Jo lettere det for partene gjennom forholdene på avtaletidspunktet er å bli oppmerksom på vedtagelsen av vernetingsklausulen, desto mindre kreves det av tilgangen til denne. Om retningslinjen kan følges generelt eller kun gjelder i forhold til vernetingsklausuler som er inntatt i en avtale ved bruk av henvisninger er kan ikke slås sikkert fast før EFD har uttalt seg nærmere om spørsmålet. Ettersom hovedformålet med formkravene er å sikre partenes faktiske enighet om vernetingsklausulen taler imidlertid mye for at retningslinjen kan legges generelt til grunn.

Henvisninger ved elektronisk avtaleinngåelse. Som det ble antydnet over vil det også ved elektronisk avtaleinngåelse kunne forekomme tilfeller hvor vernetingsklausulen ikke fremgår direkte for partene ved avtaleinngåelsen, men ved en henvisning som ofte er i form

av en lenke. For eksempel ved at lenken er innført i et popup-vindu i en clickwrap-avtale eller i en e-post som blir tilsendt kjøper før avtaleinngåelsen.

Som nevnt er det i rettspraksis, når det gjelder tilfeller hvor vernetingsklausulen er søkt innarbeidet i kontrakten gjennom en henvisning, stilt krav til at det i *"den af begge kontrahenter undertegnede kontrakt selv udtrykkelig henviser til de almindelige forretningsbetingelser indeholdne vernetingsklausulen"*.¹⁷³ Med *"undertegnede"* antas det at EFD mener avtaledokumentet som partene avgir sin skriftlige viljeserklæring i forhold til. Ved clickwrap-klausuler vil dette for eksempel være popup-vinduet hvor kjøper må klikke for å avgi sitt samtykke. Det må derfor av popup-vinduet *"udtrykkelig"* fremgå at vilkårene som inneholder vernetingsklausulen er en del av avtalen. Dette vil ikke skille seg fra avtaler inngått på papir.

Spørsmålet blir da om en lenke vil gi partene tilstrekkelig tilgang til klausulen jf. Brf art. 23.1a. Dette må bero på en konkret vurdering. Dersom lenken fører direkte til en nettside som utelukkende inneholder avtalevilkårene og vernetingsklausulen må tilgangen være tilstrekkelig, ettersom kjøper da enkelt kan sette seg inn i innholdet. Annerledes kan det være dersom det på nettsiden er inntatt mye annen informasjon. I et slikt tilfelle vil det være vanskeligere for kjøper å sette seg inn i vilkårene noe som kan tale for at han ikke har faktisk kunnskap om inngåelsen av vernetingsklausulen. Jo vanskeligere det er å finne frem til forretningsvilkårene som inneholder vernetingsklausulen, jo mindre sannsynlig er det at medkontrahenten faktisk har hatt tilgang til vilkårene på avtaleinngåelsestidspunktet. Nettsiden som lenken leder til bør derfor ikke inneholde annen informasjon enn vilkårene som inneholder vernetingsklausulen.

Dersom det i kontrakten henvises til vilkår inntatt på en nettside som igjen inneholder en lenke til en nettside hvor vernetingsklausulen blir presentert kan det trekkes en parallell til de indirekte henvisningene. Vi så over at det for de indirekte henvisningene ble stilt krav til

¹⁷³ Salotti pkt. 10

at vilkårene som inneholder vernetingsklausulen faktisk var overlevert medkontrahenten sammen med tilbudet. Det ble antatt at kravet til faktisk overlevering var et utslag av en retningslinje om at jo lettere det for partene gjennom forholdene på avtaletidspunktet er å bli oppmerksom på vedtagelsen av vernetingsklausulen, desto mindre kreves det av tilgangen til denne. Når tilgangen til vernetingsklausulen er gitt ved en kjede av lenker, vil det være relativt komplisert å skaffe seg oversikten over avtalens innhold. Det kan vanskelig sies å skapes noen sikkerhet for at kjøper faktisk har kunnskap om inngåelsen av vernetingsavtalen. Det antas derfor at en vernetingsklausul som inntas ved en henvisning til en nettside som igjen har en lenke til vilkårene som inneholder vernetingsklausulen ikke vil oppfylle kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1.a.

3.2.3.2 Krav til skriftlig viljeserklæring – ”signatur”.

Formkravene i Brf art. 23.1a skal som nevnt sikre at en avtale om verneting faktisk er inngått. Det skriftlige avtaledokumentet skal kunne virke som bevis for at avtalen faktisk er inngått. Det må da spørres om det stilles krav til at partenes vilje til å inngå avtalen om verneting fremgår skriftlig jf. Brf art. 23.1a.

Dersom et slikt krav stilles, vil det ikke være tilstrekkelig at vernetingsklausulen kun *foreligger* skriftlig slik at en aktsom medkontrahent kan sette seg inn i disse og forstå at han inngår en avtale. Det må i tillegg kreves at det foreligger et skriftlig dokument som gir uttrykk for begge parter vilje til å binde seg til avtalen.¹⁷⁴ I teorien blir uttrykket for partsviljen gjerne kalt et dispositivt utsagn.¹⁷⁵ Det dispositive utsagnet må foreligge skriftlig. Dersom partsviljen skal kunne fastslås på bakgrunn av et skriftlig dokument, må det også kreves at partenes identitet kan fastlegges i tilknytning til det skriftlige dokument som gir uttrykk for partsviljen.

Ordlyden i Brf art. 23.1 a taler isolert sett for at selve *inngåelsen* av avtalen om verneting må fremgå skriftlig. Det samme fremgår av rettspraksis. Et eksempel er den ovenfor nevnte

¹⁷⁴ Se Bryde A-dersen se 191 flg.

¹⁷⁵ Hov s. 58 flg.

Salotti-saken. Saken omhandlet som nevnt en vernetingsklausul trykket på baksiden av en signert kontrakt. På bakgrunn av et ønske om å ”sikre at parternes samstemte vilje faktisk har vært til stede”, stilte domstolen som vilkår at ”den af begge kontrahenter underskrevne kontrakt selv udtrykkelig henviser til de almindelige forretningsbetingelser indeholdende vernetingsklausulen”.¹⁷⁶ Ettersom partenes signaturer i *Salotti*-saken ikke var avgitt i tilknytning til vilkårene som inneholder vernetingsklausulen, var det etter domstolens oppfatning ingen garanti for at partene var enige om vernetingsklausulen. Dette ettersom det ikke er noen garanti for at partsviljen slik den var uttrykket gjennom signaturen omfatter vernetingsklausulen. Her stilles det altså et krav til at partenes vilje til å binde seg til vilkårene fremgår skriftlig. Også i senere praksis har EFD fulgt en slik streng linje og krevd at partene skriftlig har gitt uttrykk for sin vilje til å binde seg til vernetingsklausulen.¹⁷⁷ Også hensynet til at den skriftlige vernetingsavtalen skal kunne virke som bevis taler for at partsviljen må fremgå skriftlig.

Ut i fra dette kan antas det at det må foreligge skriftlige erklæringer fra begge parter som bekrefter at de har vært enige om å inngå vernetingsavtalen for at kravet til skriftlighet jf. Brf art. 23.1a skal være oppfylt.

EFD har ikke nærmere gått inn på hvordan partsviljen skal framgå for å oppfylle kravet til skriftlig inngåelse. På bakgrunn av hensynet til notoritet og at den skriftlige erklæringen som bekrefter inngåelsen av avtalen skal virke som bevis for partenes enighet synes det videre naturlig å kreve at partene må kunne identifiseres, gjenkjennes og knyttes til det skriftlige utsagnet som bekrefter inngåelsen av vernetingsavtalen.¹⁷⁸ Dette oppnås vanligvis, som vi så i *Salotti*-saken, ved at partene *signerer* avtalen som inneholder

¹⁷⁶ *Salotti* pkt. 7 og 10

¹⁷⁷ *Segoura*-saken angikk en vernetingsklausul inntatt på baksiden av en ordrebekreftelse som ble overlevert etter at avtalen om kjøp av tepper var inngått. Kjøper hadde ikke svart på ordrebekreftelsen. Også denne klausulen ble underkjent og følger utgangspunktet fra *Salotti*-saken om at partsviljen må være uttrykket i skriftlig form.

¹⁷⁸ Se også Pålsson s. 190 og Bryde Andersen s. 191 flg.

vernetingsklausulen.¹⁷⁹ Det stilles imidlertid ikke i art. 23.1a noe direkte krav til at avtalen om vernetjing må være signert så lenge partsviljen fremgår skriftlig.¹⁸⁰ Også en utveksling av andre skriftlige erklæringer telefaks, brev og lignende kan oppfylle kravet. En utveksling av skriftlige erklæringer vil imidlertid ikke i seg selv gi noen sikkerhet for at partene faktisk har inngått vernetingsavtalen. For at de skriftlige erklæringene skal kunne virke som bevis for partenes faktiske enighet må partene kunne identifiseres, gjenkjennes og knyttes til den skriftlige erklæringen som bekrefter inngåelsen av vernetingsklausulen. Ved bruk av papir kan dette for eksempel oppnås ved at brevet er forseglet med en av partenes segl. Ved elektronisk handel vil som vi skal se under i dette kapittelet en rekke metoder kunne føre til at en elektronisk avtale kan virke som bevis. Et eksempel er såkalt elektronisk signatur.

For kort å oppsummere virker det som om det for at en vernetingsavtale skal være skriftlig inngått jf. Brf art. 23.1a må kreves at partene skriftlig gir uttrykk for sin vilje til å binde seg til vernetingsklausulen og at partene kan knyttes til den skriftlige erklæringen og identifiseres og gjenkjennes på bakgrunn av denne.

Krav til signatur ved elektronisk handel. Problemstillingen her er hvordan det ovenfor nevnte kravet til at partsviljen må være kommet skriftlig til uttrykk kan oppfylles når avtalen inngås elektronisk ved e-handel.

Først kan det markeres at kravet til at partene må kunne gjenkjennes og identifiseres på bakgrunn av den skriftlige erklæringen er enda viktigere i e-handel enn ved fysisk handel, ettersom partene ofte ikke har tilstrekkelig kunnskap om den andre parts identitet og heller ikke har noen sikkerhet for at parten er den han utgir seg for å være.

¹⁷⁹ Ibid

¹⁸⁰ Se Pålsson s. 190

Det sentrale for å oppfylle kravet til at det må foreligge en skriftlig viljeserklæring er å identifisere metoder som gjøre det mulig å kombinere partenes skriftlige viljeserklæring med systemer som sikrer identifikasjon og gjenkjennelse av partene.

En rekke metoder kan tenkes anvendt:

”Signaturer”. Det kan tenkes anvendt metoder som har en sterk liket med signaturer på papir: For eksempel kan et scannet dokument som inneholder partenes signatur blir inntatt i tilknytning til en verntingsklausul i en e-post eller et annet elektronisk dokument på en slik måte at det signaturen bekrefter partenes vilje til å inngå avtalen. Et annet eksempel vil være å anvende elektroniske signaturer som gjør bruk av ulike krypteringsteknikker, eksempelvis PKI, i forbindelse med avsendelsen av en e-post.¹⁸¹ Krypteringsteknikken anvendes til utveksle informasjon mellom to parter i et elektronisk nettverk. Når det sendes en melding eller et dokument til en mottaker kan dokumentet utstyres med en kode som bare riktig avsender har tilgang til. Denne koden kalles en signatur. Ut i fra signaturen på det oversendte dokument kan mottaker ved hjelp av en kode som er offentlig tilgjengelig kontrollere og verifisere/ikke verifisere om avsender er den det skal være. Signaturen vil bidra til å identifisere og gjenkjenne avsender, samtidig som de knytter avsender til den skriftlig aksepten av vernetingsklausulen.

Begge disse metodene kan tenkes å oppfylle kravet til at det må foreligge en skriftlig viljeserklæring fra partene, samtidig som partene kan identifiseres og gjenkjennes.

Clickwrap. Den mest anvendte metoden for å inngå avtaler over Internett er ved bruk av clickwrap-avtaler. Begrepet henviser til en avtaleinngåelsesmekanisme hvor avtalevilkårene kommer opp i skjermbildet i et popupvindu som inneholder avtaleteksten. I tilknytning til avtaleteksten er det gjerne en dialogboksen hvor det kreves at brukeren svarer bekreftende eller avkreftende på om han godtar vilkårene i avtaleteksten. Brukeren

¹⁸¹ Nærmere om PKI se Halvorsen/Morin.

svarer ved å klikke på markører hvor det for eksempel står ”Enig” eller ”Uenig”. Dersom brukeren klikker på markøren som bekrefter vedtagelsen anses han å ha bundet seg til avtaleteksten. På bakgrunn av brukerens svar vil brukeren enten tillates å interagere videre på nettsiden dersom han svarer bekræftende. Eller så vil han ved hjelp av en digital sperre bli utelukket fra videre interaksjon med nettsiden dersom han svarer avkreftende. Partsviljen vil ved en clickwrap-avtale fremgå ved at medkontrahenten klikker på markøren som bekrefter inngåelsen av avtalen ved å klikke på markøren som angir et bekræftende svar i dialogboksen for eksempel ”Enig”.

Som vi ser blir medkontrahentens aksept gjort svært enkel ved en clickwrap-avtale. Som nevnt er et av formålene med skriftlighetskravet å gi avtalepartene en følelse av alvor ved avtaleinngåelsen slik at de forstår at de inngår en avtale om verneting. Noe av denne funksjonen kan gå tapt ved clickwrap-avtale. Dette kan tale for at clickwrap-avtaler ikke godtas etter. Brf art. 23.1a.

Parten gir videre uttrykk for sin vilje til å binde seg til vilkårene ved en aktiv handling noe som bør gjøre at parten blir oppmerksom på at han inngår en avtale. Partsviljen vil foreligge i skrift i form av bytes som ved bruk av riktig format kan bekrefte inngåelsen av avtalen. Når den digitale sperren utelukker all interaksjon med nettsiden dersom vilkårene ikke godkjennes vil også hensynet til notoritet være oppfylt ved at partene ikke kan inngå avtalen dersom han ikke har klikket på det bekræftende ikonet. Det antas derfor at en clickwrap-avtlae kan oppfylle kravet til at partsviljen må fremgå skriftlig.

E-post. Den skriftlige viljeserklæringen vil ved bruk av e-post kunne fremtre på en rekke måter. Det må for det første kreves at mottaker av e-posten sender en aksept tilbake til avsender. Det kan være at det er forutsatt at avtalen skal inngås ved at mottaker sender et svar til tilbyder i form av en kopi av den første e-posten uten at mottaker uttrykkelig i e-posten gir uttrykk for at han ønsker å binde seg til vilkårene. Spørsmålet blir først om en slik ordning kan godtas.

En e-postadresse er gjerne utformet slik at avsender kan gjenkjennes. For eksempel: per.hansen@hjemme.no. Avsender av e-posten kan da identifiseres og gjenkjennes på bakgrunn av e-postadressen. Videre vil også e-postadressen knytte ham til innholdet i e-posten. Dette skulle tale for at en slik ordning godtas.

Om ordningen godtas vil imidlertid også bero på i hvilken grad det er skapt sikkerhet for partenes enighet. Det kan for eksempel tenkes at avsender ved en feil har kommet til å klikke på "Svar" ikonet på e-posten uten egentlig å ønske å inngå avtalen. Videre har ikke avsender selv foretatt seg noe i forhold til svaret. Ordningen bærer mer preg av å bygge på avtaleinngåelse ved handling enn ved skriftlighet. Det antas derfor at en vernetingsavtale ikke gyldig kan inngås utelukkende på bakgrunn av at avsender svarer på e-posten.

For ytterligere å øke sikkerheten for at partene faktisk har inngått avtalen om vernetingsbør derfor avsender i svaret bekrefte inngåelsen ved å skrive et svar for eksempel "Jeg godtar vilkårene".

En e-postadresse behøver ikke å være utformet slik at avsender kan identifiseres på bakgrunn av denne. Det finnes en rekke tjenester som gjør det mulig å opprette en e-postadresse i et hvilket som helst navn. Dette taler for at avsender i tillegg angir sitt navn i tilknytning til svaret.

For å øke sikkerheten for at det faktisk er den som er angitt som avsender som har sendt en skriftlig erklæring, bør e-posten også sikres med en kryptert elektronisk signatur.

Anvendelsen av digitale signaturer vil gjøre det mer komplisert å utføre handel over nettet. I praksis øker imidlertid bruken av digitale, noe som taler for at fordelene er større enn ulempene. Om det kan kreves at det anvendes en digital signatur for å oppfylle kravet til skriftlig inngåelse i Brf art. 23.1a når vernetingsavtalen inngås ved bruk av e-post er i dag usikkert.

Browsewrap. En browsewrap-avtale søker å binde brukeren av en nettside til et sett med avtalevilkår utelukkende ved at brukeren ”browser” nettsiden. Avtaleinngåelsen forutsettes å skje ved at leseren benytter nettside, uavhengig av om han gjør seg kjent med kontraktsvilkårene. I motsetning til hva som er tilfellet ved en clickwrap-avtale anses partene ved en browsewrap-avtale å være bundet av avtalevilkårene uten positivt å måtte bekrefte inngåelsen av avtalen. Avtalen anses inngått allerede i det nettsiden er lastet ned. Dette antas derfor at en browsewrap-avtale ikke kan føre til at en avtale er skriftlig inngått jf. Brf art. 23.1a.

Oppsummert ser vi at det er en rekke metoder som antas å oppfylle kravet til at partsviljen må fremgå skriftlig jf. Brf art. 23.1a. Verken EFD eller lovgiver har enda uttalt seg om hvilke krav som stilles i Brf art. 23 slik at det er usikkert hvilke metoder som faktisk vil bli godtatt de lege lata.

3.2.3.3 Lojalitetsprinsipp?

Praksis fra EFD i tilknytning til vilkåret om at vernetingsavtalen må være ”*indgået skriftlig*” jf. Brf art. 23.1a er i teorien blitt ansett for å være meget restriktiv og har vært utsatt for kritikk.¹⁸² Bakgrunnen for kritikken er at EFD ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til smidige løsninger i forretningslivet. I enkelte tilfeller vil det for eksempel være slik at begge parter er eller burde være klar over at de inngår en avtale om vernetings på tross kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1a ikke er oppfylt slik det er angitt over. Dersom en av partene på bakgrunn av at en eller flere av disse kravene ikke er oppfylt mener han ikke er bundet av vernetingsklausulen kan det være illojalt ikke å opplyse den andre part om dette, men vente til en eventuell rettssak. Dette er særlig relevant dersom hensynene til sollenitet og notoritet er ivaretatt ved at f.eks. kontrakten bare er signert av den ene parten, mens det er den andre part som påberoper seg vernetingsklausulen.¹⁸³ Det

¹⁸² Se bl.a. Schlosser s. 125 og Briggs/Rees s. 95. Kritikken har til en viss grad blitt hørt ved innføringen av art.23 b og c. I dag er nok noe av kritikken avbøtet ved vedtagelsen av Brf. art. 23.1 b og c.

¹⁸³ Gjelsten s. 62

kan da være illojalt av parten som har signert avtalen å kreve at vernetingsklausulen kjennes ugyldig på bakgrunn av motpartens manglende signatur.

Spørsmålet må da bli om det i alle tilfeller stilles krav til at formkravene er oppfylt for at en vernetingsklausul skal være skriftlig ”indgået” jf. Brf art. 23.1a.

I nyere praksis har EFD lagt vekt på hensynet til partenes lojalitet i kontraktsforholdet ved spørsmålet om formkravene i art. 23.1a er oppfylt. I *Berghöfer*-saken kom domstolen til at en muntlig avtale som senere var bekreftet skriftlig av en av partene var gyldig i forhold til Brk art. 17 uavhengig av om parten som mottok bekreftelsen hadde svart. Bakgrunnen for dette resultatet var at ”*Det ville ...være i strid med redelig handlemåde, såfremt den part, som ikke har fremsat indsigelser, bestrider, at den muntlige aftale kan finde anvendelse*”.¹⁸⁴ Selv om saken dreide seg om alternativet om muntlig avtale med skriftlig bekreftelse jf. Brk art. 17/Brf art. 23.1a, virker det som om domstolen her gir uttrykk for et allment prinsipp om at formkravene ikke kan stå i veien for en mellom partene inngått avtale dersom dette vil ”*være i strid med redelig handlemåde*”.¹⁸⁵

Et argument for at prinsippet har virkning utover området for muntlig avtale med skriftlig bekreftelse kan finnes i den ovenfor nevnte *Powell*-saken som gjaldt spørsmålet om en selskapsavtale oppfylte kravet til skriftlig inngåelse i jf. art 23.1a. Domstolen gjentok først utgangspunktet fra *Salotti*-saken om at formkravene skal sikre at partenes samstemmende vilje faktisk har vært til stede.¹⁸⁶ På bakgrunn av at selskapsavtalen ”*udgør den grundleggende regulering af forholdene mellem aktionærene og selskabet*” og at alle som blir aksjonærer i et selskap ”*uanset hvorledes aktierne erverves-ved eller bør vide, at han*

¹⁸⁴ Berghöfer pkt. 8

¹⁸⁵ Se også Briggs/Rees s. 95-96. Det kan virke som om Briggs/Rees mener at den ovenfor nevnte rettspraksis har som følge at formkravene ikke er betingelser for gyldighet, men i enkelte tilfeller kun er retningslinjer for å avgjøre om det foreligger faktisk enighet mellom partene om inngåelsen av vernetingsklausulen. Så lenge EFD konsekvent har lagt til grunn at formkravene utgjør betingelser for gyldigheten er det imidlertid i beste fall usikkert om et slikt synspunkt kan legges til grunn.

¹⁸⁶ Powell pkt. 24

er bundet af selskabets vedtefter og af vedtegtsendringer...” mente domstolen at aksjonærene måtte antas ”*at kende vernetingsklausulen og rent faktisk at tilslutte sig den deri indeholdte udpegelse af verneteting, når vedtefterne oppbevares på et sted, der er tilgængeligt for aktionærene...*”. Domstolen krever altså her ikke en skriftlig erklæring fra aksjonæren som bekrefter inngåelsen av vernetingsklausulen dersom aksjonæren har eller burde ha kunnskap om inngåelsen av vernetingsklausulen og slår på denne bakgrunn fast at formkravene i Brf art.23 er oppfylt. Det kan også, i alle fall som konstruert ratio decidendi, virke som om resultatet var begrunnet i at partene ikke skulle kunne benytte formkravene i Brf art. 23 til å unngå å bli bundet av en vernetingsklausul de på avtaletidspunktet var eller måtte være klar over var inngått. På denne bakgrunn kan det virke som om EFD bygger på et prinsipp om at formkravene i Brf art. 23 er oppfylt dersom partene, på bakgrunn av de forhold som bidrar til å sikre kunnskap om inngåelsen av vernetingsklausulen, visste eller burde vite at de er bundet av vernetingsklausulen.

Om dette gjelder som et generelt prinsipp er imidlertid usikkert. I *Powell*-saken dreide det seg om en veletablert ordning som sikret at aksjonærene hadde eller burde ha kunnskap om vernetingsklausulen. Tilfellet hadde derfor mye til felles med de tilfeller som er regulert i Brf art. 23.1 b og c. Som domstolen påpekte i saken utgjorde vedtektene det eneste avtalegrunnlaget mellom selskapet og aksjonæren. Dersom vedtektene var tilgjengelige hadde nye aksjonærer en særlig oppfordring til å sette seg inn i disse. Hensynet til sollenitet og partenes forutberegnlighet var i dette tilfellet oppfylt, samtidig som vedtektene skapte notoritet. På bakgrunn av at formkravene som utgangspunkt skal tolkes snevert til fordel for saksøkte kan dette tale for at unntaket kun gjelder for selskapsvedtekter. Formålet med formkravene er som nevnt i innledningen å sikre en uniform anvendelse av jurisdiksjonsreglene i Brf. Dersom det generelt åpnes for å unnta fra formkravene i Brf art. 23.1, vil dette nettopp kunne føre til at anvendelsen av reglene vil avhenge av hvilken domstol saken legges frem for.

Det er vanskelig å si noe mer generelt om hva som skal til for å fravike formkravene for at vernetingsavtalen skal være ”*indgået skriftlig*” jf. Brf art. 23.1a. Selv om formkravene ikke

kan fravikes i sin helhet, vil nok oppfyllelsen av et krav kunne påvirkes av i hvilken grad et av de andre kravene er oppfylt.

Jeg vil hevde at følgende retningslinjer på bakgrunn av rettspraksis kan stilles opp:

I *Powell*-saken var aksjonærene i følge *lex causae* bundet av selskapsvedtektene og selskapsvedtektene var tilgjengelig for aksjonærene.¹⁸⁷ På denne bakgrunn kan det for det første stilles opp følgende retningslinje for å avgjøre om vernetingsklausulen er inngått skriftlig jf. Brf art. 23.1a: Dersom det følger av loven at en person er bundet av visse vilkår som inneholder en vernetingsklausul slik at partene er eller burde være oppmerksomme på vilkårene og disse vilkårene foreligger skriftlig og er tilgjengelig på avtaletidspunktet slik at partene kan sette seg inn i vernetingsklausulen, så svekkes kravet til at partsviljen må fremgå skriftlig og til at partene skriftlig må gjøres oppmerksom på vernetingsklausulen i avtalen ved avgjørelsen av om vernetingsklausulen er "*indgået skriftlig*" jf. art. 23.1a.

For det andre kan det stilles opp følgende retningslinje som vil gjelde generelt for å avgjøre om vernetingsklausulen er "*indgået skriftlig*" jf. Brf art. 23.1a: Dersom partene på bakgrunn av tilgangen til vernetingsklausulen og forholdene som gjør partene oppmerksomme på vedtagelsen av vernetingsklausulen var eller burde være klar over at vernetingsklausulen inngikk i kontrakten så svekkes kravet til at partsviljen må fremgå skriftlig og til at det i avtalen skriftlig gjøres oppmerksom på vernetingsklausulen. I hvilken grad disse retningslinjene gjelder de lege lata er imidlertid usikker så lenge EFD ikke har tatt noen stilling til spørsmålet.

3.2.3.4 Kort om automatisk avtaleinngåelse

Ved elektronisk handel vil avtalen ofte inngås automatisk uten at tilbyder, som driver nettsiden og har utarbeidet vilkårene, har kunnskap om at avtalen inngås. Dette vil for eksempel ofte være tilfellet når den elektroniske handelen utføres ved bruk av en nettside. Når en potensiell kjøper ønsker å inngå en avtale om kjøp av ytelsen, klikker han for eksempel på en lenke på nettsiden og får da automatisk opp avtalevilkårene i skjermbildet

¹⁸⁷ Powell pkt. 27

eller han får automatisk tilsendt en e-post med vilkårene. I et slikt tilfelle kan det, som vi skal se, godt være at kjøper oppfyller vilkårene i Brf art. 23.1a.

Spørsmålet blir her om en vernetingsavtale som inngås automatisk kan oppfylle kravet til skriftlig inngåelse i Brf art. 23.1a.

Tilbyder vil når avtalen inngås automatisk, ofte ikke være deltagende i avtaleinngåelsen. Han blir ikke gjort faktisk oppmerksom på avtaleinngåelsen. Tilbyder vil heller ikke gi direkte uttrykk for sin vilje til å binde seg til avtalen. I slike tilfeller kan det ikke med sikkerhet slås fast at tilbyder faktisk ønsker å inngå den foreliggende vernetingsavtalen jf. Brf art. 23.1a. Dette kan tale mot at avtalen er skriftlig inngått jf. Brf art. 23.1a.

Tilbyder har imidlertid utarbeidet vilkårene og nettsiden. Han må antas å være kjent med at avtaler inngås automatisk og det må antas at han har mulighet for å skaffe seg kjennskap til at avtalen blir inngått selv om dette ikke blir gjort i det konkrete tilfellet. Viljeserklæringen er da avgitt skriftlig når vilkårene blir sendt til kjøper ved bruk av en elektronisk meddelelse som tilfredsstiller kravene i Brf art. 23.2. Det er tilbyder som har det i sin makt å endre måten avtalen inngås på. Dersom avtalen lagres med kryptert informasjon om hvor den ble sendt i fra er også hensynet til notoritet oppfylt. Det i kap. 3.2.3.3 nevnte hensynet til lojalitet taler derfor for at tilbyder ikke kan gå fra vernetingsavtalen utelukkende på bakgrunn av at han ikke kjente til den enkelte transaksjon.

Det antas derfor at en vernetingsavtale som inngås automatisk kan oppfylle kravet til skriftlig inngåelse jf. Brf art. 23.1a.

3.2.4 Virkningen av vernetingsavtaler som ikke oppfyller formkravene

Problemstillingen i dette kapittelet er om en vernetingsavtale som ikke oppfyller formkravene i Brf art. 23 alltid skal settes til side som ugyldig.

I Jenardrapporten ble det forutsatt at rettsvirkningen skulle stå åpen og at rettsvirkningen skulle bestemmes ut i fra medlemsstatens egne regler.¹⁸⁸ Brf legger imidlertid til grunn at formkravene ”skal” være oppfylt noe som taler for at det dreier seg om gyldighetsbetingelser jf. Brf art. 23. Også i rettspraksis har formkravene tradisjonelt blitt betegnet som betingelser for vernetingsavtalens gyldighet.¹⁸⁹ Dette fremgår bl.a. av *Berghöfer*-saken hvor EFD bl.a. uttalte at formkravene i Brk art. 17 er betingelser for ”*værnetingsklausulers gyldighet*”¹⁹⁰ På denne bakgrunn kan det slås fast at formkravene er betingelser for gyldigheten av vernetingsavtalen jf. Brf art. 23.1a. Dette vil si at dersom formkravene ikke er oppfylt, så vil ikke den domstol eller de domstoler som blir utpekt i avtalen bli tilordnet kompetanse på bakgrunn av avtalen. På samme måte vil en avtale som utelukker enkelte domstoler fra kompetanse ikke kunne legges til grunn. Den naturlige konsekvens er da at man må falle tilbake på de resterende reglene om domstolskompetanse i Brf.

4 Betingelser for anvendelsen av Brf art. 5.1 når oppfylleelsesstedet følger av avtale

Tilbyder av den digitale ytelsen kan som nevnt i innledningen også forhåndsregulere domstolens kompetanse ved å kontraktsregulere oppfylleelsesstedet for kontrakten.

Oppfylleelsesstedet vil, som vi skal se, indirekte utpeke en kompetent domstol etter Brf art.

5.1. For at en avtale om oppfylleelsesstedet skal kunne utpeke en kompetent domstol må

¹⁸⁸ Se Jenardrapporten s. 37 ”*The question of how much weight is to be attached to the written document was left open by the Committee. In certain countries, a document in writing will be required only as evidence of the existence of the agreement; in others, however, it will go to the validity of the agreement*”.

¹⁸⁹ Se *Berghöfersaken* pkt. 13 med videre referanser. I følge Phillip EU-IP s. 79 og Gjelsten s. 45 var det visstnok tidligere tvilsomt om det dreide seg om gyldighetsbetingelser.

¹⁹⁰ Pkt. 13

avtalen oppfylle visse krav. Disse kravene plikter domstolen som nevnt å prøve om er oppfylt.¹⁹¹

I det følgende vil jeg ta for meg innholdet i disse kravene og vise hvordan en tilbyder ved elektronisk handel kan sørge for at kravene blir oppfylt. Først vil jeg imidlertid kort ta for meg innholdet i art. 5.1 og hvordan bestemmelsen gjør det mulig å kontraktsregulere domstolskompetansen.

4.1 Avtaler om oppfylleelsesstedet

Artikkel 5.1 i Brf bygger på *forum solutionis*.¹⁹² Dette vil si at bestemmelsen tilordner kompetanse til domstolen på det sted der forpliktelsen etter en avtale er blitt oppfylt eller skal oppfylles. Dette stedet blir også kalt forpliktelsens oppfylleelsessted.

Bestemmelsen lyder som følger:

”En person, der har bopæl på en medlemsstats område, kan sagsøges i en anden medlemsstat

1)a) i sager om kontraktforhold, ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes

b) ved anvendelsen af denne bestemmelse, og medmindre andet er aftalt, er opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen: - ved salg af varer, det sted i en medlemsstat, hvor varerne i henhold til aftalen er blevet leveret eller skulle have været leveret

ved levering af tjenesteydelser, det sted i en medlemsstat, hvor tjenesteydelserne i henhold til aftalen er blevet leveret eller skulle have været leveret

c) er litra b) ikke relevant, finder litra a) anvendelse”

¹⁹¹ Se kap. 2.3.1.

¹⁹² Jenradrapporten s. 23.

Som nevnt er Brf art. 5.1 et av de fakultative unntakene fra art. 2, det vil si at det er opp til saksøker om han vil anlegge sak ved saksøktes hjemting etter art. 2 eller ved oppfylleelsesvernetinget etter Brf art. 5.1. For tilbyderer vil dette si at alle saker i tilknytning til kontraktsforholdt enten vil gå for hans hjemting jf art. 2 eller for domstolen på det i kontrakten regulerte oppfylleelsessted jf. art. 5.1.

Utover å fastsette oppfylleelsesstedet for "*salg af varer*" og "*levering av tjenesteytelser*" jf Brf 5.1b regulerer ikke Brf art. 5.1 generelt hva som utgjør en forpliktelses oppfylleelsessted. I det følgende forutsettes at Brf art. 5.1b ikke kommer til anvendelse. Dersom avtalen ikke faller under Brf art. 5.1b fastsettes oppfylleelsesstedet på bakgrunn av Brf art 5.1a jf litra c.

I rettspraksis fra EFD er det konsekvent blitt lagt til grunn at oppfylleelsesstedet for en forpliktelse jf Brf art. 5.1 avgjøres etter *lex causae*.¹⁹³ Brf art. 5.1a erstatter denne regelen. Det antas derfor at det samme må legges til grunn for fastsettelsen av oppfylleelsesstedet etter. Brf art. 5.1a. Fastsettelsen av oppfylleelsesstedet jf Brf art. 5.1a er således et unntak fra det generelle prinsipp om at begrepene som benyttes i Brf så langt som mulig skal underlegges en autonom forståelse.¹⁹⁴

Dersom den *lex causae* tillater partene uttrykkelig eller underhånden å vedta hva som er kontraktens oppfylleelsessted, må domstolen således legge denne kontraktsbestemmelsen til grunn for å avgjøre sin kompetanse etter art. 5.1. Dette ble første gang slått fast i *Zegler*-saken som omhandlet en tvist mellom en næringsdrivende bosatt i Italia og en næringsdrivende bosatt i Tyskland angående tilbakebetaling av et lån. Partene hadde

¹⁹³ *Tessili* pkt 15, *Mulox*, pkt. 17, *Custom Made*, kt 12 og *Rutten* pkt 16. Et unntak gjelder for arbeidskontrakter som har egne regler i Brf afdeling 5.

¹⁹⁴ At begrepene i Brf skal underlegges en autonom fortolkning følger bl.a. av *Peters* pkt. 9 og 10, *Arcado* pkt. 10 og 11, *Kalfelis* pkt. 10 og 15 og 16 og *Benincasa* pkt. 12. Med autonom tolkning menes at begrepene har et felles innhold uavhengig av nasjonale rettsordninger.

muntlig avtalt at München i Tyskland skulle være oppfyllellessted for kontrakten.
Domstolen uttalte at

*”Hvis... kontrahenterne ifølge den lovgivning, der finder anvendelse, på de heri fastsatte betingelser kan udpege opfyldelsesstedet for en forpligtelse, uden at der gælder særlige formkrav, er aftalen vedrørende opfyldelsesstedet for forpligtelsen tilstrækkelig til at skabe et værneting på samme sted i henhold til konventionens artikel 5, nr. 1.”*¹⁹⁵

Det gis altså i Brf art. 5.1a en mulighet for å anvende partsautonomien til å forhåndsregulere domstolens kompetanse uten å følge formkravene som er oppstilt i Brf art. 23. I dag følger adgangen til å avtale oppfyllellesstedet i art. 5.1b. I bestemmelsen er det fastsatt at reguleringen av oppfyllellesstedet for levering av varer og tjenester kun kommer til anvendelse *”med mindre andet er aftalt”*.¹⁹⁶

Brf art. 5.1 bestemmer at det er oppfyllellesstedet for *”den forpligtelse, der ligger til grund for sagen”* som indirekte kan utpeke en kompetent domstol. Etter fast praksis fra EFD er det er oppfyllellesstedet for *”den forpligtelse, der svarer til den kontraktsmessige rettighed, sagsøgeren påberåber seg som grundlag for søgsmålet”* som skal legges til grunn etter Brf art. 5.1.¹⁹⁷ Som utgangspunkt blir det ved gjensidige kontrakter oppfyllellesstedet for saksøktes forpliktelse som blir avgjørende for vernetinget etter Brf art. 5.1a. Jeg vil ikke her drøfte nærmere hvilken forpliktelse som skal legges til grunn for å

¹⁹⁵ Se Zelger pkt 5.

¹⁹⁶ Arnt Nielsen (2000) synes å legge til grunn at det er uklart om art. 5.1b viser til adgangen til å avtale verneting i art. 23 eller til adgangen til å avtale oppfyllellessted. Ut i fra sammenhengen i Brf art. 23 mener jeg imidlertid det er klart at det dreier seg om adgangen til å avtale oppfyllellessted. Jeg vil ikke gå nærmere inn på problemstillingen ettersom det ikke i forarbeidene er nevnt noe om at man ønsket en endret rettstilstand.

¹⁹⁷ Se DeBools pkt. 13. Dette gjelder imidlertid ikke for arbeidskontrakter. For slike kontrakter fastslo domstolen i Ivenelsaken, pkt. 20, at oppfyllellesstedet fastslås på grunnlag av den forpliktelse som er karakteristisk for kontrakten. Dette er nå tatt inn i Brf afdeling 5.

bestemme oppfylleelsesstedet.¹⁹⁸ Uten å foregripe den videre drøftelsen i kap. 4.2.4, forutsettes det videre at det er selgers plikt til å levere en programvare over Internett som ligger til grunn for saken.

Oppsummeringsvis kan følgende slås fast at:

Domstolen som får saken forelagt må først, ut ifra domstolsstatens egne lovvalgsregler, finne *lex causae*, og undersøke om partene uttrykkelig eller underhånden har avtalt et oppfylleelsessted jf. Brf art. 5.1b. Deretter må domstolen ut i fra *lex causae* avgjøre om avtalen er gyldig. Dersom gyldig avtale om oppfylleelsesstedet foreligger kommer ikke Brf art. 5.1b til anvendelse, og domstolen må legge til grunn avtalen om oppfylleelsesstedet for å avgjøre sin kompetanse jf. Brf art. 5.1c og a.

Dersom partene ikke har avtalt, eller etter *lex causae* ikke kan avtale, oppfylleelsesstedet for kontrakten, må domstolen kvalifisere kontraktsforholdet for å finne ut hvilken type kontrakt som ligger til grunn for søksmålet. Dersom kontrakten som ligger til grunn vedrører salg av varer eller levering tjenester, må de oppfylleelsessteder som er bestemt i art. 5.1b legges til grunn. Dersom saken kontraktstype som ikke vedrører salg av varer eller levering av tjenester fastsettes kompetansen etter Brf art. 5.1a jf c. Domstolen må da ut i fra *lex causae* fastlegge oppfylleelsesstedet for kontrakten og derigjennom klarlegge sin kompetanse til å realitetsavgjøre saken jf. Brf art. 5.1a.

I det følgende vil det forutsettes at det foreligger en avtale om oppfylleelsesstedet som etter *lex causae* må legges til grunn for å avgjøre domstolskompetansen etter art. 5.1a. Som nevnt i innledningen begrenses anvendelsen av reglene i Brf art. 5 av visse krav som domstolen som får saken forelagt plikter å prøve om er oppfylt. Dersom partene i en kontrakt vedrørende elektronisk handel ønsker å forhåndsregulere domstolens kompetanse gjennom å avtale oppfylleelsesstedet for avtalen må disse kravene oppfylles. I det følgende

¹⁹⁸ Rognlien s. 141. For en utførlig analyse av hvilken forpliktelse som skal legges til grunn for å bestemme oppfylleelsesstedet se Hertz s. 88-101.

vil jeg derfor drøfte hvilke krav som begrenser partenes mulighet for å utpeke et oppfyllelsessted i en avtale som grunnlag for å tilordne en domstol kompetanse etter Brf art. 5.1a. Deretter vil jeg på bakgrunn av et konkret eksempel vise hvordan kravene kan oppfylles for en forpliktelse ved elektronisk handelsom oppfylles over Internett.

4.2 Krav til tilknytning

Som nevnt i innledningen har en stats domstoler som utgangspunkt kompetanse til å regulere personer og aktiviteter innenfor statsterritoriet. Selv om personer befinner seg - eller aktiviteter foregår - helt eller delvis utenfor en stats territorium kan det imidlertid foreligge en slik tilknytning mellom personene og/eller aktivitetene at det rettferdiggjør tilordning av domstolskompetanse til staten. Stater som ikke har noen slik tilknytning til saken vil ikke ha noe legitimt grunnlag for å få tilordnet kompetanse til sine domstoler. Anerkjennelsen av internasjonalt privatrettslige regler forutsetter nettopp at en stats domstoler ikke kan tilordnes kompetanse utelukkende på bakgrunn av et generelt ønske om å fastsette, endre eller oppheve normer i forhold til alle rettsforhold.

Spørsmålet her er om det må stilles krav til tilknytning mellom saken og domstolen for å avgjøre om kompetanse kan tilordnes etter Brf art. 5.

I fortalen til Brf heter det at de alternative reglene i Brf er

“...basert på en sags nære tilknytning til en bestemt ret...”.¹⁹⁹

Avviket fra den beskyttelse saksøkte presumptivt er tillagt ved innføringen av hovedregelen i Brf art. 2 rettferdiggjøres altså med betraktninger om at det foreligger en nær tilknytning

¹⁹⁹ Se fortalen til Brf pkt. 12. Det samme kom for Brk sitt vedkommende til uttrykk i Jenardrapporten s. 22, hvor det heter at de spesielle jurisdiksjonsreglene i art. 5 og art. 6 ”*is also justified by the fact that there must be a **close connecting factor** [min utheving] between the dispute and the court with jurisdiction to resolve it*”. Selv om den språklige utformingen er ulik må innholdet antas å være det samme.

mellom grunnlaget for saken og domstolen som blir utpekt etter unntakene. EFD har som nevnt uttalt at unntak fra hovedregelen i Brf art. 2 ikke skal føre til en fortolkning, ”*der går ud over de tilfælde, konventionen har for øje*”.²⁰⁰

Ettersom det bl.a. er de tilfeller hvor det foreligger en nær tilknytning mellom saken og domstolen som unntakene i art. 5 ”*har for øje*”, vil dette si at man ikke på bakgrunn av reglene i art. 5 kan tilordne kompetanse til en domstol som saken ikke har en nær tilknytning til. Dette bekreftes av rettspraksis og EFD har flere ganger uttalt at anvendelsen av unntakene i art. 5 rettferdiggjøres ved at ”*der i visse velafgrænsede tilfælde består en særlig snæver tilknytning mellem en tvist og den ret, som denne tvist kan indbringes for*”.²⁰¹ Det samme har blitt lagt til grunn i uttalelser fra Generaladvokaten.²⁰²

Ut i fra dette synes det holdbart å slutte at det for å rettferdiggjøre unntak fra art. 2 og anvendelsen av reglene i art. 5 må foreligge en nær tilknytning mellom saken og domstolen.

4.2.1 Innholdet i kravet til nær tilknytning

For å avgjøre om domstolen som har fått saken forelagt skal tilordnes kompetanse til å fastsette, endre eller oppheve normer i forhold til det forelagte rettsforhold må innholdet av kravet til nær tilknytning klarlegges.

”Tilknytning” vil si at noe har forbindelse med noe annet. Når det gjelder Brf art. 5 er det som nevnt forbindelsen mellom grunnlaget for tvisten og domstolen som er av betydning. Den nære tilknytningen beror i følge EFD på en ”*afvejning af alle de interesser, som kommer i betragtning*”.²⁰³ Det lar seg derfor ikke gjøre generelt uttømmende å oppgi alle faktorer som kan knytte en sak og en domstol sammen. Som vi ser av den nevnte uttalelse

²⁰⁰ Se note 60.

²⁰¹ Se Tessili pkt. 12 og Schotte pkt. 9

²⁰² I Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i *Rutten*-saken pkt. 28 legges det også til grunn at det er et ”*requirement*” for anvendelsen av art. 5 at det foreligger en ”*close connecting factor between the dispute and the court with jurisdiction to resolve it*”.

²⁰³ Handte pkt. 12

fra *Handte*-saken, beror spørsmålet om en tilknytning er nær på en konkret skjønnsmessig vurdering av hvor sterkt de enkelte tilknytningsfaktorer knytter tvisten til domstolen.²⁰⁴

Av pkt. 11 i fortalen til Brf heter det at det Brf art. 2 alltid bør legges til grunn ”*undtagen i velafgrænsede tilfælde, hvor det på grund af...sagens genstand*” er rettfærdiggjort at en annen tilknytningsfaktor legges til grunn. Dette taler for at vekten av den enkelte tilknytningsfaktor vil være relativ i forhold til hver enkelt tvist og bestemmelse. Som et utgangspunkt antas det at følgende retningslinje kan følges: Jo flere faktorer som knytter en sak til en domstol jo mer taler for at tilknytningen er nær. Ettersom avgjørelsen beror på en konkret helhetsvurdering kan det imidlertid ikke utelukkende legges vekt på antallet tilknytningsfaktorer.

Eksempler på relevante tilknytningspunkter kan bl.a. være personelle tilknytningspunkter som partenes bopel eller forretningssted. Det kan også dreie seg om geografiske punkter som en kontrakts forhandlingssted og inngåelsessted eller oppfyllelsessted, eller plasseringen av en fast eiendom. I tillegg kan faktorer som språket i kontrakten, sammenhengen med andre kontrakter, hvor informasjon er lagret eller hva slags valuta som skal benyttes skape en tilknytning mellom saken og domstolen.

For kort å oppsummere innholdet av kravet til at det må foreligge en nær tilknytning mellom saken og domstolen vil formodentlig retningslinjene, i forhold til hvilke tilknytningsfaktorer som er relevante og i forhold til vekten av disse vil, variere i forhold til den konkrete tvist. I det følgende vil jeg derfor kun ta for meg hva som medfører at det foreligger en nær tilknytning mellom en sak i tilknytning til et kontraktsforhold og domstolen på et avtalt oppfyllelsessted jf. Brf art. 5.1a

²⁰⁴ Ibid

4.2.2 Kravet til tilknytningen mellom saken og domstolen for anvendelsen av art. 5.1

Som vi skal se vil oppfyllelsesstedet som tilknytningsfaktor i Brf art. 5.1 enkelte ganger føre til at kompetanse blir tilordnet en domstol som saken ikke har en nær tilknytning til. Dersom det i slike tilfeller stilles krav tilknytningen vil Brf art. 5.1 ikke komme til anvendelse. Virkningen av dette vil være at man må falle tilbake på hovedregelen i Brf art. 2. Problemstillingen i dette kapittelet er derfor om anvendelsen av Brf art. 5.1 også må rettferdiggjøres av at det foreligger en nær tilknytning mellom saken og domstolen på oppfyllelsesstedet.

I likhet med hva som er tilfellet for de andre unntakene i Brf art. 5 har EFD en rekke ganger fremhevet at saksøkers adgang til å reise sak ved domstolen i staten på oppfyllelsesstedet for kontrakten jf. Brf art. 5.1, og derved unnta fra hovedregelen i Brf art. 2, er rettferdiggjort fordi det *”i visse velavgrensede tilfeller består en særlig snever tilknytning mellom tvisten og den ret, som denne tvist bringes inn for”*.²⁰⁵ På denne bakgrunn kan det virke som om det som en betingelse for anvendelsen av bestemmelsen må foreligge en objektivt konstaterbar nær tilknytning mellom grunnlaget for saken og domstolen.

Som tilknytningsfaktor vil imidlertid et oppfyllelsessted som er bestemt i lex cause enkelte ganger kunne føre til et at en domstol som saken ikke har noen nær tilknytning til blir tilordnet kompetanse. Det kan for eksempel tenkes at oppfyllelsesstedet for salg av en vare i lex causae er fastsatt til stedet der selger har sitt bosted og det oppstår tvist om en mangel ved varen. Dersom selger er bosatt i stat A, mens varen utelukkende er fremstilt i stat B og overlevert til en kjøper i stat B, så vil ikke saken i tilknytning til mangelen ha noen nær tilknytning til stat A. Et annet eksempel kan være en betalingsforpliktelse i en kontrakt om salg av en immateriell ytelse som programvare hvor betalingen skjer i land B, mens kjøper og selger befinner seg i landene A og C og saken ellers har nær tilknytning til land C. Her

²⁰⁵ Tessili pkt. 13.

vil oppfylleelsesstedet for betalingsforpliktelsen være land B. På denne bakgrunn kan man se uttalelsen i rettspraksis om at oppfylleelsesstedet kun ”**normalt** [er] *det forhold, der stærkest knytter et søgsmål på grundlag af kontrakten til den stedligt kompetente ret...*”²⁰⁶. Ofte, og kanskje i de fleste tilfeller, vil imidlertid stedene for oppfyllelse og nær tilknytning sammenfallen, og det er dette sammenfallet som er begrunnelsen for at oppfylleelsesstedet er innført som tilknytningskriterium i Brf art. 5.1.

Partene i et kontraktsforhold har, i motsetning til hva som er tilfellet utenfor kontrakt, hatt mulighet til å regulere sitt mellomværende før tvisten inntreffer. Partenes strategi i tilknytning til kontrakten vil være avhengig av at de har forutberegnlighet i forhold til de forhold som er regulert i kontrakten, b.la. i forhold til hvilken domstol som har kompetanse. Et krav til at det må foreligge en nær tilknytning mellom saken og domstolen for anvendelsen av art. 5.1 kan svekke partenes forutberegnlighet i forhold til domstolens kompetanse. Ved utformingen av jurisdiksjonsreglene i Brf har man villet ta hensyn til behovet for forutberegnlighet.²⁰⁷ Oppfylleelsesstedet er valgt som kompetansegivende faktor fordi ”*det er præcist og klart og falder ind under det generelle formål med konventionen, som er at indføre regler, der sikrer vished om fordelingen af kompetencen mellem de forskellige nationale retter, ved hvilke en sag om kontraktforhold kan anlægges.*”²⁰⁸

Oppfylleelsesstedet er altså valgt som tilknytningsfaktor fordi det presumptivt er enkelt å klarlegge. Derigjennom vil det bli enklere for partene å forutberegne sin rettsstilling i forhold til domstolens kompetanse. I rettspraksis er det således lagt til grunn at jurisdiksjonsreglene skal føre til at ”*sagsøgeren let [kan] afgøre ved hvilken ret han kan anlægge sag, og... at sagsøgte med rimelighed kan forudse, ved hvilken ret han kan blive sagsøkt*”²⁰⁹

²⁰⁶ .[Min utheving]. Shenavai pkt. 18, Custom Made pkt. 13 og Besix pkt 25.

²⁰⁷ Se pkt. 14 i fortalen til Brf.

²⁰⁸ Custom Made pkt. 15.

²⁰⁹ Se Effer pkt. 6, av 13.7.1993, sag C-125/92, Mulox pkt 11 og Tacconi pkt. 20.

At partenes forutberegnlighet i forhold til domstolens kompetanse er av stor betydning i kontraktsforhold illustreres godt av *Custom Made*-saken. Hovedspørsmålet i saken var reelt om *lex causae* også skulle legges til grunn for å utpeke oppfyllelsesstedet etter art. 5.1 når dette førte til at domstolen på oppfyllelsesstedet for kjøpers betalingsforpliktelse ble tilordnet kompetanse. Det eneste som knyttet saken til stedet for betaling var at betalingen for ytelsen skulle erlegges der. Kompetansetilordning etter art. 5.1 ville føre til at en domstol som saken ikke hadde en nær tilknytning til ble tilordnet kompetanse.²¹⁰ Til tross for den manglende tilknytningen valgte domstolen å legge stedet for betalingen til grunn for kompetansetilordningen. Som begrunnelse ble det bl.a. vist til hensynet til forutberegnlighet. Domstolen uttalte at dersom man la andre kriterier enn oppfyllelsesstedet til grunn for å bestemme kompetansen etter art. 5.1 ville det ”...blive vanskelig at forudse, hvilken ret der er rette værneting...” og dette ville være ”uforenelig med konventionens formål”.²¹¹ Med ”konventionens formål” må domstolen sikte til ønsket om å styrke ”retsbeskyttelsen” for de personer som er bosatt innenfor EU gjennom å ivareta deres mulighet for forutberegnlighet om domstolens kompetanse.²¹² Domstolen fremhevet videre spesielt at dersom tilknytningen ble lagt til grunn som kriterium for å avgjøre domstolens kompetanse ble domstolen som fikk saken forelagt tvunget til å ta andre momenter enn de i art. 5.1 fastsatte i betraktning. Dette ville føre til at art. 5.1 ble ”uden indhold” og stride mot ”konventionens ånd og formål” ettersom domstolen skal kunne avgjøre sin kompetanse uten å gå inn i en realitetsbehandling av saken.²¹³

At kompetansetildelingen²¹⁴ ” i visse tilfælde kan føre til, at kompetencen tilægges en ret, der ikke har nogen tilknytning til tvisten, og at det udtrykkeligt fastsatte kriterium i så fald

²¹⁰ Dette følger bl.a. av Generaladvokaten Lenz uttalelse, European Court reports 1994 page I-02913 pkt. 74.

²¹¹ Ibid pkt. 18. Se også henvisning i Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Besix*-saken pkt. 39.

²¹² Se kap.2.1

²¹³ Ibid pkt. 20

²¹⁴ Ibid pkt. 17

må fraviges, fordi man ellers ville nå til et resultat der er i motstrid med formålet med konventionens artikel 5, nr. 1.” ble ikke ansett som relevant.²¹⁵

I tilfeller hvor Brf art. 5.1 fører til at en domstol som saken ikke har en nær tilknytning til blir tilordnet kompetanse, blir altså unntaket fra art. 2 rettferdiggjort ved at partene på bakgrunn av Brf art. 5.1 har mulighet for å *forutberegne* hvilken domstol som har kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist mellom partene. På denne måten bidrar reglene til å styrke rettsbeskyttelsen for partene. Videre blir også unntaket rettferdiggjort ved at det blir enklere for domstolen å fastlegge sin kompetanse dersom den ikke behøver å kontrollere tilknytningen.

På denne bakgrunn antas det derfor at tilordningen av kompetanse etter Brf art. 5.1, i alle fall i visse tilfeller, utgjør et unntak fra hovedregelen om at det må foreligge en nær tilknytning mellom saken og domstolen for at domstolen skal tilordnes kompetanse.

For kort å oppsummere rettstilstanden i forhold til Brf art. 5.1 slik den ser ut på bakgrunn av drøftelsene over:

1. oppfylleelsesstedet for kontraktsforpliktelsen skjer i henhold til *lex causae*.²¹⁶
2. avtalen om oppfylleelsesstedet for kontraktsforpliktelsen kan inngås formløst.²¹⁷
3. oppfylleelsesstedet for kontraktsforpliktelsen skal som hovedregel legges til grunn uavhengig av om det foreligger en objektiv tilknytning mellom saken og *lex forum*.²¹⁸

²¹⁵ Se *Custom Made*-saken pkt. 16 og 17

²¹⁶ *Tessili*-saken

²¹⁷ *Zelger*-saken

²¹⁸ *Custom Made*-saken

4.2.3 Kravet til nær tilknytning når oppfylleelsesstedet følger av avtale

Problemstillingen videre blir om Brf art 5.1a gir partene i en kontrakt mulighet til å utpeke kompetent domstol ved å inngå en avtale om et hvilket som helst oppfylleelsessted for kontraktsforpliktelsen, og dermed omgå formkravene som rettferdiggjør og legitimerer partsautonomien jf Brf. art. 23, eller om Brf art. 5.1a begrenser partenes mulighet til å utpeke kompetent domstol ved å inngå en avtale om et bestemt oppfylleelsessted eller flere bestemte oppfylleelsessteder for kontraktsforpliktelsen. Jeg skal i det følgende argumentere for at den første løsningen ikke er juridisk holdbar, og samtidig påvise at hovedregelen om nær tilknytning mellom saken og domstolen får anvendelse når oppfylleelsesstedet er avtalt jf Brf art. 5.1a. Jeg skal påvise den konkrete anvendelsen av hovedregelen om nær tilknytning på Brf art. 5.1a noe som innebærer at kontraktsforpliktelsen faktisk må oppfylles på avtalt oppfylleelsessted for kontraktsforpliktelsen.

Ved at det, som vi har sett over i kap. 4.2.2, ikke stilles krav til tilknytning mellom saken og domstolen eller formkrav til avtalen som regulerer oppfylleelsesstedet jf. Brf art. 5.1a, kan partene gyldig og indirekte utpeke den kompetente domstolen jf. Brf art. 5.1a ved å inngå en avtale om et hvilket som helst oppfylleelsessted. Partene kan slik omgå de formkravene Brf. art. 23 stiller til vernetingsavtaler uten at hensynet til partsautonomien som ligger til grunn for formreglene blir ivaretatt og uten at det må foreligge noen nær tilknytning mellom saken og domstolen.

Hovedformålet med Brf er som, nevnt en rekke ganger tidligere, å ivareta rettsbeskyttelsen til personer innenfor EU.²¹⁹ For å ivareta rettsbeskyttelsen stilles det som hovedregel krav til tilknytningen mellom saken og domstolen for å unnta fra Brf art. 2. Brf art. 23 et unntak fra dette kravet til tilknytning. Unntaket i Brf art. 23 rettferdiggjøres og rettsbeskyttelsen ivaretas ved at formkravene i bestemmelsen oppfylles. Som vi så ovenfor er begrunnelsen for at Brf art. 5.1a i visse tilfeller er et legitimt unntak fra hovedregelen om at det må foreligge en nær tilknytning mellom saken og domstolen at partenes rettsbeskyttelse blir

²¹⁹ Se over kap.2.1.

ivaretatt ved at oppfylleelsesstedet er klart og presist.²²⁰ Dette vil bidra til å gi partene forutberegnlighet i forhold til domstolskompetansen. I tillegg rettfærdiggjøres unntaket med at oppfylleelsesstedet normalt vil føre til en nær tilknytning mellom saken og domstolen selv om dette ikke vil skje i alle tilfeller.²²¹

Årsaken til at oppfylleelsesstedet for en kontrakt vil være klart og presist, er at partene i et kontraktsforhold som oftest vil ha en klar formening om hvor de skal oppfylle sin forpliktelse i henhold til kontrakten. Dersom partene ikke har en klar formening om hvor oppfylleelsesstedet i det enkelte tilfellet er kan de få kunnskap om dette ved å kontrollere *lex causae* eller Brf art. 5.1b. Dette gjelder imidlertid kun når oppfylleelsesstedet for kontrakten følger direkte av Brf art. 5.1b eller *lex causae*. Når partene har inngått en avtale om oppfylleelsesstedet som indirekte utpeker den kompetente domstol jf. Brf art. 5.1a foreligger som antydning over ikke den samme sikkerhet for at partenes forutberegnlighet ivaretas.

Årsaken til at partenes forutberegnlighet ikke ivaretas ved avtaler om oppfylleelsesstedet er at partene kan avtale et oppfylleelsessted som er fiktivt. Det vil si at det avtalte oppfylleelsesstedet er et annet enn det sted der oppfyllelse faktisk skjer. Ettersom det verken stilles noe krav til tilknytning eller form, blir det mulig for partene fritt å regulere verneting i kontrakten ved å avtale oppfylleelsesstedet. Dette vil føre til en omgåelse av Brf art. 23 og den rettsbeskyttelsen som bestemmelsen søker å ivareta.²²² For å hindre omgåelse av Brf art. 23 og sikre at jurisdiksjonsreglenes effektivitet ivaretas, taler dette derfor for at det stilles krav til tilknytningen mellom saken og domstolen for å anvende det avtalte oppfylleelsessted som grunnlag for å utpeke en kompetent domstol jf. Brf art. 5.1a.

I rettspraksis har EFD også stilt krav til tilknytningen mellom saken og domstolen på oppfylleelsesstedet for å legge til grunn et avtalt oppfylleelsessted som grunnlag for å tilordne kompetanse til en domstol etter Brf art. 5.1. Den første gangen EFD drøftet spørsmålet om

²²⁰ Custom Made pkt. 15

²²¹ Custom Made pkt. 13

²²² Jenardrapporten s. 37

tilknytning var i MSG-saken. Saken omhandlet et tilfelle hvor et selskap (MSG) i Tyskland hadde leid ut et skip til et selskap i Frankrike. Det avtalte oppfyllelsesstedet var Würzburg i Tyskland. Den tyske domstolen som forela saken for EFD fant at kontraktsforpliktelsen kun kunne oppfylles i Frankrike og at det avtalte oppfyllelsesstedet i Tyskland var fiktivt.²²³ Et av spørsmålene EFD måtte ta stilling til var således om den tyske domstolen var kompetent til å behandle tvisten eller om det måtte stilles krav til tilknytningen mellom saken og domstolen på det avtalte oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1. Domstolen konkluderte med *”at en muntlig aftale om opfyldelsesstedet, som ikke har til formål at fastlægge det sted, hvor skyldneren faktisk skal erlægge sin ydelse, men alene at fastlægge et bestemt værneting, ikke reguleres af konventionens artikel 5, nr. 1, men af konventionens artikel 17 og kun er gyldig, når de betingelser, der er opstillet i sidstnævnte artikel, er opfyldt”*.²²⁴ På bakgrunn av hensynet til omgåelse av reglene om vernetingsavtaler slo altså domstolen fast at det faktiske oppfyllelsesstedet for kontrakten måtte sammenfalle med det avtalte.

Konklusjonen var begrunnet med at det ved anvendelsen av Brf art. 5.1 *”i visse velafgrensede tilfeller består en særlig snæver tilknytning mellem en tvist og den ret, som denne tvist indbringes for”*.²²⁵ Det er altså som det er vist over den nære tilknytningen som begrunner at oppfyllelsesstedet er inntatt som tilknytningsfaktor i Brf art. 5.1a. Det er denne tilknytning EFD viser til når den legger til grunn at *”det ved konventionen indførte system”* gjør at det faktiske oppfyllelsessted må sammenfalle med det avtalte.²²⁶ Det er med andre ord hovedregelen om at det må foreligge en nær tilknytning mellom saken og den utpekte domstol som tilsier at det faktiske oppfyllelsesstedet må tilsvare det avtalte jf. Brf art. 5.1a. At det er hovedregelen om nær tilknytning som kommer til anvendelse bekreftes av EFD når domstolen uttaler at en fiktiv avtale om oppfyllelsesstedet vil føre til at det ikke foreligger en *”direkte tilknytning mellem tvisten og den ret der skal pådømme*

²²³ Se Forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro i MSG-saken Samling af Afgørelser 1997 side I-00911 pkt. 4.

²²⁴ MSG pkt 35.

²²⁵ MSG pkt. 29. Se også Tessilisaken pkt. 13.

²²⁶ Se MSG pkt. 31

den” samtidig som kravene til form for vernetingsavtaler omgås.²²⁷ Når formkravene da ikke er oppfylt må det stilles krav til nær tilknytning.

På denne bakgrunn antas at Brf art. 5.1a i tilfeller hvor partene har avtalt oppfyllelsesstedet stiller krav til at det foreligger en nær tilknytning mellom saken og domstolen. For at kravet til en nær tilknytning mellom saken og domstolen skal være oppfylt må avtalen utpeke det *faktiske* oppfyllelsesstedet for kontrakten.²²⁸

4.2.4 Innholdet i kravet til nær tilknytning når oppfyllelsesstedet følger av avtale
Som vi så over la EFD i *MSG*-saken til grunn at det kun er det faktiske oppfyllelsesstedet for debtors forpliktelse som etablerer en nær tilknytning mellom saken og domstolen etter Brf art. 5.1a. For å fastslå om det foreligger en nær tilknytning mellom saken og domstolen jf Brf art 5.1a må det følgelig fastslås hvor det *”faktiske oppfyllelsessted for forpliktelsen”* er. Det vil da være uten betydning hva som i følge *lex causae* er avtalt.

I den nevnte *MSG*-saken uttalte EFD at partene ikke kan avtale et oppfyllelsessted *”som ikke har noen reel tilknytning til de faktiske kontraktsforhold og hvor kontraktforpliktelsene ikke kan oppfylles i henhold til kontraktvilkårene”*.²²⁹ EFD legger altså til grunn at fastleggelsen av det faktiske oppfyllelsesstedet må skje konkret i forhold til hver enkelt forpliktelse. Det vil ikke være mulig, innenfor avhandlingens rammer, å behandle det faktiske oppfyllelsesstedet for alle forpliktelser som kan tenkes å oppstå.

I det følgende vil jeg derfor ta utgangspunkt i scenarioet som ble fastlagt i kap. 1.2 og derigjennom illustrere og belyse de spørsmål som kan oppstå når det faktiske

²²⁷ MSG pkt.34 Selv om domstolen her anvender begrepet ”direkte” virker det ikke som om det er noen forskjell mellom dette og det at tilknytningen må være ”nær”.

²²⁸ Det kan virke som om Østergaard på s. 150 overser kravet til at det faktiske oppfyllelsesstedet må være det samme som det avtalte når han uttaler at *”Kontrahenterne [k]an have fastlagt stedet for leveringen af det digitale produkt i den elektroniske kontrakt, hvilket således er det sted, hvor realkreditor kan anlægge sak mod realdebitor”*.

²²⁹ MSG pkt. 31

oppfyllelsesstedet skal klarlegges for en forpliktelse som oppfylles over Internett. Det forutsettes derfor at det er inngått en avtale om salg av et åndsverk i form av en programvare som skal oppfylles over Internett. Jeg vil kun drøfte oppfyllelsesstedet for selgers forpliktelse etter kontrakten som i hovedsak består av to delforpliktelser: For det første en forpliktelse til å levere de data som programvaren består av og for det andre gi kjøper en opphavsrettslig bruksrett til programvaren. Av hensyn til avhandlingens lengde vil jeg kun drøfte hva som utgjør det faktiske oppfyllelsesstedet for forpliktelsen til å levere de data programvaren består av. Avtalen omfatter en enkelt tidsbestemt ytelse. Det kan for eksempel forutsettes videre at programvaren har en mangel og at det er mangelskravet som ligger til grunn for at tvisten bringes inn for domstolen. Programvaren foreligger i endelig form på avtaletidspunktet. Det vil si at selgers forpliktelse ikke er knyttet til arbeidet med å utforme programvaren. Ytelsen som overdras er en kopi og programvaren består utelukkende av informasjon i digital form.

Valget av å drøfte en forpliktelse i tilknytning til en avtale om salg av programvare som skal oppfylles over Internett, er foretatt fordi forpliktelsen etter min mening er godt egnet til å illustrere hvilke steder som generelt kan utgjøre det faktiske oppfyllelsesstedet for forpliktelser som skal oppfylles over Internett jf Brf art. 5.1a.

Problemstillingen videre blir derfor hva som skal til for at det faktiske oppfyllelsesstedet for en forpliktelse til å levere en programvare over Internett skal sammenfalle med det mellom partene avtalte oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1a. Dersom det faktiske oppfyllelsesstedet er det samme som det avtalte oppfyllelsesstedet vil kravet til nær tilknytning være oppfylt jf. Brf art. 5.1a. Dersom det faktiske oppfyllelsesstedet ikke er det samme som det avtalte oppfyllelsesstedet vil det ikke foreligge en nær tilknytning mellom saken domstolen på det avtalte oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1a og avtalen ikke bli lagt til grunn for å bestemme domstolens kompetanse etter Brf art. 5.1a.²³⁰

²³⁰ Det antas at domstolen i et slikt tilfelle må se bort fra klausulen som regulerer oppfyllelsesstedet og avgjøre sin kompetanse på grunnlag av systemet i Brf. Om det faktiske oppfyllelsesstedet kan legges til grunn for å avgjøre domstolens kompetanse etter Brf art. 5.1a eller om det må sees bort fra Brf art. 5.1a i sin helhet

Teknikk. I innledningen ble det avgrenset mot å drøfte hvordan Internett fungerer. For å klargjøre når og hvor leveringen og oppfyllelsen er skjedd, kan det imidlertid være nyttig med en kort innføring i hvordan overføringen av programvaren fra selger til kjøper kan tenkes å bli foretatt over Internett.

Kommunikasjon via Internett skjer ved bruk av nettsider. Sidene på Internett er bygget opp av html-filer.²³¹ Overføringen av filene, som inneholder informasjon, over Internett blir organisert gjennom ulike protokoller. En protokoll er et standardisert sett med regler for hvordan tilkobling, kommunikasjon og dataoverføring mellom to endepunkter, i vårt tilfelle selgers og kjøpers datamaskiner, skal skje. Den mest vanlige protokollen er de såkalte TCP/IP-protokollene. Ved bruk av TCP/IP-protokollen blir de enkelte data som informasjonen består av oppdelt i pakker som blir overført over Internett via forskjellige noder. Pakkene vil ikke nødvendigvis ta samme vei. Hver pakke er utstyrt med en adresse til et lagringsmedium hvor pakken lastes ned og samles slik at de foreligger som en eksakt kopi av den informasjon som ble sendt. TCP-/IP-protokollen er bygget opp lagvis, og består av flere forskjellige ”lag” (layers). Sammen styrer disse lagene hvordan overføringen av informasjon fra lagringsmediet til mottaker skal foregå. Det øverste laget i tcp/ip-protokollene kalles ”applikasjonslaget”. Dette laget består av hjelpeprogrammer som tar seg av bl.a. filoverføring og e-post. Kommunikasjonen skjer ved hjelp av forskjellige dataspråk i applikasjonslaget. I praksis benyttes som regel ftp-protokollen eller http-protokollen. Ved bruk av begge disse protokollene aktiveres filoverføringen ved at den som ønsker å motta informasjon aktivt sender en forespørsel, for eksempel å klikke på en lenke

har verken i litteraturen eller rettspraksis blitt klarlagt og problemstillingen kan ikke av hensyn til avhandlingens lengde forfølges her. Det vises imidlertid til uttalelsen i *MSG*-saken pkt. 32 hvor EFD la til grunn at art. 5.1 oppstiller det ”*det faktiske oppfyllelsesstedet for forpligtelsen som kompetencekriterium*”. Ut i fra dette kan det virke som om det faktiske oppfyllelsesstedet for kontrakten vil være avgjørende for å tilordne kompetanse etter Brf art. 5.1a dersom det faktiske oppfyllelsesstedet ikke er det samme som det avtalte slik at Brf art. 5.1a kommer til anvendelse.

²³¹ Hyper text markup language

på en nettside, til lagringsmediet gjennom hvor det ønskede materiale, i dette tilfellet programvaren, er blitt lastet opp og lagret. Den ønskede fil blir deretter sendt til mottaker som "datapakker" som blir samlet igjen når de i mottakers router og lastet opp på mottakers datamaskin.

4.2.4.1 Oppfyllelse av en forpliktelse til å levere en programvare over Internett

Oppfyllelsesstedet for en forpliktelse er det sted forpliktelsen "*er oppfylt eller skal oppfylles*" jf. Brf art. 5.1a. Oppfyllelsesstedet er dermed det geografiske punkt hvor oppfyllelsen skjer. Som utgangspunkt må det da for å avgjøre hva som utgjør det faktiske oppfyllelsesstedet for salg av en programvare som skal overføres over Internett må det da, på bakgrunn av den ovenfor nevnte beskrivelse av teknikken, klarlegges når oppfyllelsen skjer. Spørsmålet blir derfor *når* oppfyllelsen av en forpliktelse til å levere en programvare over Internett skjer jf Brf art. 5.1a.

Ordlyden i Brf art. 5.1a, og anvendelsen av, begrepet "oppfyllelse" taler for at det siktes til tidspunktet når forpliktelsen innfris. Hvilket tidspunkt dette er fremgår kanskje klarere av den engelske versjonen av Brf art. 5.1a, som anvender begrepet "*performance*", og den franske versjonen av Brf art. 5.1a, som anvender begrepet "*exécutée*". Begge versjonene trekker i retning av at det er tale om en utførelse som krever en innsats eller prestasjon, og det må være denne innsatsen eller prestasjonen som gjør at forpliktelsen innfris.

Det som skal oppfylles er den forpliktelsen *debitor* har tatt på seg og som ligger til grunn for saken. Det er altså ikke oppfyllelsen av kreditors formål med kontrakten det siktes til i Brf art. 5.1a. Det samme fremgår for så vidt av de nærliggende bestemmelsene i Brf art. 5.1b: For varer er oppfyllelse i Brf 5.1b angitt med det autonome begrepet "*delivered*". For tjenester er oppfyllelsen i Brf art. 5.1b i den engelske versjonen angitt med begrepet "*provided*". Ettersom det er den forpliktelse debitor har påtatt seg som skal oppfylles, vil tidspunktet for oppfyllelsen være knyttet til tidspunktet for debtors innsats eller prestasjon i tilknytning til oppfyllelsen av forpliktelsen. Det antas derfor at oppfyllelsen jf. Brf art. 5.1a skjer når debitor handler i samsvar med forpliktelsens innhold.²³²

²³² Det samme legges for så vidt til grunn av Hagstrøm s. 186 for norsk kontraktsrett sitt vedkommende.

Hva som nærmere skal til for at debitor handler i samsvar med forpliktelsens innhold må, når ikke annet er bestemt i lex cause eller Brf, fastlegges konkret på bakgrunn av en tolkning av forpliktelsen.

Kasuistikk. Når det gjelder salg av programvare over Internett vil selgers innsats i tilknytning til forpliktelsen være knyttet til *leveringen* av programvaren. Det er nettopp dette som ligger i at programvaren selges. Det som leveres er de data programvaren består av. Verken i forarbeidene til Brf, eller i rettspraksis fra EFD, er det uttalt noe om når forpliktelser knyttet levering av ytelser over Internett blir oppfylt. Når oppfyllelsen skjer vil da avhenge av hva som er avtalt mellom partene.

Det antas at leveringen av programvaren vanskelig kan være skjedd før alle datapakkene som ytelsen består av, er samlet på et sted. På denne bakgrunn vil jeg først utelukke at oppfyllelse kan være skjedd så lenge programvaren er oppdelt i datapakker. For å illustrere når leveringen og oppfyllelsen kan skje det være nyttig å ta utgangspunkt i hvordan oppfyllelse kan skje ved fysisk handel.

Internett som fraktfører? Da Internett er en databærer, oppstår en mulig parallell til forpliktelser som oppfylles ved at ytelsen overlevers til en fraktfører jf CISG art. 31a. Overført på et tilfelle hvor forpliktelsen går ut på å overdra en digital ytelse over Internett, vil det kunne tenkes at forpliktelsen er oppfylt i det selger har sendt ytelsen fra sin datamaskin. Sett fra selgers side er det karakteristiske for overføringen at selger sender programvaren ut på Internett slik at programvaren kan lastes opp på lagringsmediet. Selgers oppfyllelshandling knytter seg til å utføre de operasjoner som gjør at programvaren ”forlater” datamaskinen og blir lastet ut på Internett. Etter dette har ikke selger noen kontroll med hvordan programvaren blir transportert og lastet opp på et nærmere bestemt lagringsmedium for eksempel en server.

I motsetning til hva som er tilfellet med en regulær fraktfører vil ingen ha noen direkte kontroll med den informasjon som overføres over Internett. Begrunnelsen for å legge oppfyllelsen til tidspunktet når ytelsen er overgitt til fraktfører er i stor grad knyttet til betraktninger om risiko for skade. Dersom ytelsen blir skadet etter at fraktfører har overtatt ytelsen vil det ikke være rimelig at selger må bære kostnadene for skaden, dersom han ikke kan klandres for skadene. Det antas at det ved fysisk handel ofte kan være relativt store omkostninger knyttet til levering av en ny ytelse. En programvare vil imidlertid over Internett bli levert i form av en kopi. Det må antas å være lite kostnadskrevende for selger å foreta en ny kopi av den programvaren til erstatning for en som blir skadet under transporten.²³³ De hensyn som begrunner at oppfyllelse er skjedd når selger har overgitt programvaren til fraktfører gjør seg altså ikke tilsvarende gjeldende ved elektronisk overføring. Det er videre vanskelig å fastslå når ytelsen er ”overgitt” til Internett som fraktfører. Dette medfører at man bør være varsom med å ukritisk trekke en parallell mellom forpliktelser som oppfylles ved overlevering til fraktfører, og forpliktelser som oppfylles over Internett.

Hentekjøp? Ved avgjørelsen av når leveringen er skjedd kan en naturlig parallell også synes å trekkes til hentekjøp.²³⁴ Ved hentekjøp vil forpliktelsen være oppfylt når selger gjør ytelsen tilgjengelig for avhenting. På samme måte kan det kanskje sies at oppfyllelse er skjedd når tilbyder gjør programvaren tilgjengelig for nedlasting fra et nærmere bestemt lagringsmedium og dermed ”avhenting” av kjøper. For eksempel ved at kjøper laster ned programvaren ved å klikke på en lenke på selgers nettside. For selger vil tilgjengeliggjøringen være det siste han foretar seg før kjøper laster ned programvaren. Tilbyder har ingen kontroll med den videre overføringen av programvaren til kjøper.

Også hentekjøp er imidlertid begrunnet i betraktninger om risikoen for skade på ytelsen. Som vi har sett vil ikke de samme hensyn komme til anvendelse ved elektronisk overføring ettersom det må antas å være lite kostnadskrevende for selger å overføre en ny kopi dersom

²³³ Bryde Andersen s. 794

²³⁴ Se kjl. §6 og CISG art. 31 c.

den gamle blir skadet. Reelle hensyn tilsier derfor at man bør være varsom med å uten videre legge til grunn at oppfyllelse skjer når programvaren er klar for nedlastning for kjøperen.

Plasshandel? Ved plasshandel skal selgeren bringe ytelsen til kjøper.²³⁵ Ytelsen vil være levert, og forpliktelsen oppfylt, når kjøperen mottar ytelsen. På samme måte kan det tenkes at leveringen og oppfyllelsen av forpliktelsen til å overføre en programvare over Internett er skjedd når kjøper har mottatt programvaren, altså når kjøper har lastet programvaren ned på en datamaskin. De risikobetraktninger som er angitt over er ikke til hinder for et slikt resultat. Dersom det legges til grunn at leveringen og oppfyllelsen er skjedd når kjøper har lastet ned programvaren, vil imidlertid dette gi kjøper kontroll over oppfyllestidspunktet, noe som kan føre til at kjøper kan sette selger i en forsinkelsesposisjon uten at selger har skyld i dette. For eksempel kan dette skje ved at kjøper ikke laster ned programvaren fra sin e-postkonto. Også her bør man følgelig være varsom med ukritisk å legge reglene om plasskjøp til grunn for å avgjøre når oppfyllelse er skjedd på Internett.

Forslag til løsning. Som vi ser av drøftelsen over er det vanskelig å anvende prinsippene fra fysiske handel når en forpliktelse oppfylles over Internett. Tidspunktet for oppfyllelsen av en forpliktelse er, som det er blitt antydnet i drøftelsene over, i stor grad knyttet til risikobetraktninger. Det er ikke åpenbart at de samme risikobetraktninger kan legges til grunn for å avgjøre når oppfyllelse skjer på Internett.

Etter min mening bør det legges vekt på hvordan oppfyllelsen av forpliktelsen virker for partene. Det mest fornuftige ville da etter min mening som utgangspunkt være å legge oppfyllelsen til tidspunkt når programvaren er klar for nedlasting av kjøper. En modifikasjon kan gjøres for de tilfeller hvor selger har påtatt seg risikoen for kjøpers nedlasting. I de sistnevnte tilfellene er det trolig at oppfyllelse først er skjedd når kjøper har lastet ned programvaren.

²³⁵ For eksempel kjl. §7

4.2.4.2 Oppfylleelsesstedet for programvare som leveres over Internett.

Det neste spørsmålet er hva som utgjør forpliktelsens faktiske oppfylleelsessted jf. Brf art.

5.1a. Over kom jeg til at oppfyllelse som utgangspunkt skjer når programvaren er tilgjengelig for kjøper eller når kjøper har lastet ned programvaren.

Begrunnelsen for å stille krav til at det faktiske oppfylleelsesstedet må være det samme som det avtalte er, som nevnt, knyttet til at det presumptivt foreligger en nær tilknytning mellom saken i tilknytning til kontraktsforholdet og det faktiske oppfylleelsesstedet. Dette er årsaken til at oppfylleelsesstedet for en forpliktelse er velegnet som kriterium for å tilordne en domstol kompetanse etter Brf art. 5.1a..²³⁶

I tilfeller hvor oppfyllelsen skjer over Internett vil det imidlertid, ettersom oppfyllelsen skjer ved overføring av digitale signaler, være vanskeligere å knytte leveringen til et bestemt sted. Dersom det legges til grunn at oppfyllelsen skjer når programvaren er tilgjengelig for nedlasting for kjøper, må det for eksempel avgjøres om oppfyllelsen er skjedd på ”stedet” for en server hvor programvaren er lastet opp eller på det sted hvor programvaren er faktisk er tilgjengelig for kjøper, altså det sted hvor kjøper laster ned programvaren.

Interaksjon mellom fysiske handlinger og elektronisk overføring av signaler på Internett medfører at det kan være vanskelig å knytte oppfyllelsen til et sted. EFD har så langt ikke fått anledning til å klargjøre hva som utgjør leveringsstedet for en forpliktelse til å overføre en ytelse over Internett. Heller ikke i forarbeidene til Brf var temaet oppe. Fastsettelsen av det faktiske oppfylleelsesstedet må i stor grad foretas konkret på bakgrunn av de hensyn som gjør seg gjeldende. Utgangspunktet for drøftelsen må være hvilke steder oppfyllelsen av kontrakten har en nær tilknytning til. I det følgende vil jeg holde fast ved min konklusjon over og forutsette at oppfyllelsen skjer når programvaren er tilgjengelig for nedlasting av

²³⁶ Se for eksempel Krüger s. 180.

kjøper. Spørsmålet må da bli hvilket sted eller hvilke steder oppfyllelsen av forpliktelsen til å levere programvaren over Internett blir utført jf Brf art. 5.1a.

Jeg antok over i pkt. 4.2.4.1 at levering og oppfyllelse ikke kunne være skjedd så lenge de data programvaren består av er oppdelt i pakker. På samme måte kan oppfyllelsesstedet for leveringsforpliktelsen ikke knytte seg til de steder de enkelte datapakker passerer under transporten fra selger til serveren og fra serveren til kjøper. Kjøper vil ikke da kunne laste ned programvaren.

Stedet for plassering av en server? Stedet der serveren som programvaren blir opplastet på er plassert kan sies å ha en tilknytning til oppfyllelsen av kontrakten. Det er her de elektroniske signalene som programvaren består av faktisk er lagret og gjort tilgjengelig for kjøper. En servers plassering vil, i motsetning til hva som er tilfellet for stedet for levering ved fysiske hentekjøp, imidlertid ikke ha særlig betydning for partene. Ofte vil det ikke være tilbyder selv som drifter serveren, men en nettvert. Nettverten og serveren kan befinne seg et sted langt fra partene uten at dette er av betydning. Partene, og spesielt kjøper, vil derfor ofte ikke ha kunnskap om hvor serveren er beliggende. Dette vil kunne svekke partenes forutberegnlighet i forhold domstolens kompetanse. Ytterligere problemer skapes ved såkalt mellomlagring eller caching hvor valget av server er enda mer tilfeldig. Dette kan gjøre at stedet der programvaren faktisk er lagret er tilfeldig noe som igjen vil svekke partenes forutberegnlighet i forhold til anvendelsen av Brf art. 5.1a. I tillegg vil vektleggingen av en servers plassering i praksis kunne åpne for at tilbyder kan omgå formkravene i Brf art. 23 ved å bestemme hvor serveren plasseres. Det åpnes derfor i praksis for forum shopping.²³⁷ Tilbyderen vil få muligheten til å velge det verneting som i den konkrete tvist er det mest hensiktsmessige for ham, ved å velge hvilken server programvaren blir gjort tilgjengelig på. Dette taler derfor mot å legge vekt på en servers plassering ved avgjørelsen av hvor levering og oppfyllelse er skjedd jf. Brf art. 5.1a. I tillegg kan det være at programvaren lastes ned fra flere servere som er plassert på flere

²³⁷ Nærmere om forum shopping se Lynden.

forskjellige steder. Det vil da være vanskelig å utpeke hvilket oppfyllelsessted som skal legges til grunn. Serveren kan også være plassert utenfor EU slik at oppfyllelsesstedet, jf. Brf art. 5.1a, blir lagt til en stat utenfor unionsområdet. Et annet poeng er at en programvare kan være satt sammen av deler fra flere websider plassert på flere servere. Dersom plasseringen av serveren ble lagt til grunn for å avgjøre leveringsstedet, ville det da bli vanskelig å avgjøre hvilket sted som skulle velges. Man kunne da ende med å måtte legge til grunn alle stedene hvor serverne er plassert jf. Brf art. 5.1a, noe som ville bli vanskelig å forene med kravet til å unngå uforenelige avgjørelser se under pkt. 4.4. Dette taler for at plasseringen av en server utelukkes som faktisk oppfyllelsessted jf. Brf art. 5.1a. Det antas derfor at plasseringen av en server ikke kan være avgjørende for det faktiske oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1a.

Stedet for nedlasting? Stedet der programvaren er tilgjengelig for kjøper kan også knyttes til det sted der kjøper får faktisk tilgang til ytelsen. D.v.s. det sted hvor kjøper laster programvaren ned. Oppfyllelsen vil være knyttet til dette stedet ved at kjøper foretar de handlinger som er nødvendige for nedlastingen på dette stedet.

Stedet for nedlastingen kan imidlertid potensielt være alle steder hvor det er en Internetttilgang. Ettersom kommunikasjon over Internett i stor grad er mobilisert, oppstår det problemer i forhold til partenes forutberegnlighet i tilknytning til domstolskompetansen. Selv om kjøper bor i Danmark kan ha ta med seg sin bærbar PC til Spania og laste ned programvaren der. Sett fra selgers synsvinkel vil det da bli meget vanskelig å forutsi noe om hvor vernetilgang etter Brf art. 5.1a er. I tillegg kan åpnes det også her for forum shopping ved at kjøper kan velge hvor nedlastingen skjer fra. Det kan også være at kjøper laster ned deler av ytelsen på et sted og en annen del på et annet sted, noe som vil kunne medføre at flere domstoler blir tilordnet kompetanse på bakgrunn av Brf art. 5.1a. I likhet med hva jeg viste over vil dette, som vi skal se, kunne skape problemer i forhold til kravet til å unngå uforenelige avgjørelser. Dersom nedlastingsstedet vil være avgjørende for å fastsette oppfyllelsesstedet, vil kjøper ha det i sin makt å fastsette

vernetinget ved å velge hvor han lester ned programvaren fra. Dette taler mot å legge til grunn stedet for nedlasting som faktisk oppfyllelsessted jf. Brf art. 5.1a.

Forslag til løsning. En løsning på spørsmålet om fastleggelsen av oppfyllelsesstedet ved levering av programvare over Internett kan være å legge vekt på hvordan oppfyllelsen må antas å oppleves for partene. For at en programvare skal lastes ned må kjøper i de aller fleste tilfeller foreta en aktiv handling for at programvaren skal lastes ned. Dette vil f.eks. være tilfellet når kjøper oppsøker selgers webside eller klikker på den ønskede filen og laster ned programvaren via et peer-to-peer-system. I slike situasjoner er det nærliggende å anta at det er kjøper som oppsøker selger for at leveringen kan bli foretatt. Situasjonen vil for partene måtte antas å oppleves som et hentekjøp. Det er kjøper som gjennom å klikke på lenken starter ned lastingen og henter programvaren. Kjøper oppsøker selger på selgers nettside. Det kan da være nærliggende for partene å anta at programvaren blir lastet ned fra det sted der selgers forretning er etablert.²³⁸ I E-handelsdirektivet art. 5 stilles det krav til at tjenesteyteren ved elektronisk handel bl.a. må oppgi sitt navn og den adressen han er etablert på til kjøper.²³⁹ Dersom det legges til grunn at selgers etableringssted utgjør oppfyllelsesstedet for forpliktelsen vil man derfor kunne få en høy grad av forutberegnlighet i forhold til domstolens kompetanse. Dette vil i alle fall være tilfellet når tilbyder har oppfylt kravet til å gi opplysning om sitt etableringssted etter E-handelsdirektivet art. 5. Dersom selger ikke har oppfylt plikten til å gi opplysning om sitt etableringssted vil fastsettelsen av det faktiske oppfyllelsesstedet til etableringsstedet kunne rettferdiggjøres med at en rekke aktiviteter som knytter seg til kontrakten blir foretatt på dette stedet. For eksempel utviklingen av programvaren, opprettelsen av de nødvendige systemer for gjennomføringen av kontrakten osv. Det antas derfor at det som utgangspunkt kan er mest hensiktsmessig å legge til grunn at selgers etableringssted utgjør det faktiske oppfyllelsessted for en forpliktelse til å levere en programvare over Internett jf Brf art. 5.1a.

²³⁸ Se også Kjl §6

²³⁹ Nærmere om etableringsstedet se Ot.prp. nr. 31(2002-2003) Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) kap. 11

En modifikasjon kan imidlertid kanskje gjøres for de tilfeller hvor de konkrete omstendigheter peker i retning av at selger har foretatt mer aktive oppfyllelshandlinger i forhold til kjøper. Dette vil i praksis si tilfeller hvor selger sender programvaren ved bruk av e-post til kjøper. Det er da nærliggende å anta at det er selger som sender programvaren til kjøper. For å unngå de problemer som skapes ved mobil kommunikasjon, bør det faktiske oppfyllelsesstedet jf Brf art. 5.1a etter min mening legges til kjøpers bosted slik dette blir fastsatt ved anvendelsen av Brf art 2.

Om det i det enkelte tilfellet skal legges til grunn at leveringen skjer på det sted der selger har sitt etableringssted eller på kjøpers bosted, må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Spørsmålet vil ikke bli forfulgt her.

4.2.4.3 Oppsummering

Som vi har sett ovenfor er det på ingen måte klart hvilket sted som utgjør leveringsstedet og dermed det faktiske oppfyllelsesstedet etter Brf art. 5.1a for en forpliktelse til å levere en programvare over Internett. Det kan som jeg har vist, i motsetning til hva som ofte er tilfellet ved fysisk handel, være vanskelig å knytte leveringen og oppfyllelsen til nærmere bestemte steder. Dette er et eksempel på det generelle problem med å knytte Internett til nærmere geografiske punkter.²⁴⁰ Hva som da medfører at det foreligger en nær tilknytning mellom saken og domstolen på oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1a ved e-handel er usikkert. En løsning kan være at enten EFD eller lovgiver eksplisitt definerer oppfyllelsesstedet for data som blir sent over Internett. Så lenge dette ikke er gjort står vi i stor igjen med reelle hensyn.

I drøftelsen har jeg forutsatt at forpliktelsen i tilknytning til saken utelukkende knyttet seg til leveringen av de data programvaren består av. Ytterligere komplikasjoner kan tenkes å oppstå i tilfeller hvor flere forpliktelser er gjensidig nødvendige og i seg selv utilstrekkelige for å oppfyllelsen, hvor ytelsen ikke er ferdigstilt ved avtaleinngåelsen eller hvor det dreier

²⁴⁰ Se nærmere Menthe.

seg om en løpende ytelse. Hvor det faktiske oppfyllelsesstedet for slike ytelser er ved e-handel i usikkert. Drøftelsen over kan imidlertid gi en anvisning på hvordan problemstillingen kan angripes.

Kort om dagens praksis ved elektronisk handel. En gjennomgang av avtaler som benyttes ved elektronisk handel viser at partene normalt unnlater å regulere oppfyllelsesstedet eksplisitt. En av årsakene til dette kan være den usikkerhet som er knyttet til hvor oppfyllelsen av en forpliktelse faktisk skjer på Internett.²⁴¹ Dersom partene ønsker å regulere vernetingsplassen på grunnlag av en avtale om oppfyllelsesstedet jf. Brf art. 5.1a antas det at oppfyllelsesstedet, som anvist i drøftelsene over, bør avtales enten på selgers etableringssted, eller på kjøpers bosted, alt etter hvordan avtalen oppfylles.

4.3 Krav til god rettspleie

Problemstillingen i dette kapittelet er først om unntaket fra hovedregelen i Brf 2 må rettferdiggjøres ved at tilordningen av kompetanse etter Brf art. 5.1a, når partene har avtalt oppfyllelsesstedet, fører til en god rettspleie. Jeg vil i det følgende vise at det formodentlig må stilles et slik krav. Deretter vil jeg drøfte kravets innhold og vise hvordan tilordningen av kompetanse til domstolen på det faktiske oppfyllelsesstedet jf Brf art. 5.1a for en forpliktelse til å levere programvare over Internett kan føre til en god rettspleie.

Krav til god rettspleie? I fortalen til Brf pkt. 12 er det lagt til grunn at unntakene fra Brf art. 2 bl.a. beror på hensynet til en ”god rettspleie”. Det samme fremgår av praksis fra EFD. Et eksempel er *Somafer*-saken hvor EFD generelt la til grunn at ”... de i artikkel 5 opførte undtagelser til hovedregelen om værneting i artikkel 2 udelukkende beror på ønsket om en så hensigtsmæssig rettspleie som mulig”.²⁴² At hensynet til en god rettspleie begrunner

²⁴¹ Dette kan kanskje være begrunnelsen for at verken Netscape eller Realplayer, i følge Østergaard note 161, ikke har fastlagt leveringsstedet i sine standardvilkår.

²⁴² *Somafer* pkt. 7. På tross av at man i fortalen til Brf anvender adjektivet ”god” istedenfor adjektivet ”hensigtsmæssig” for å betegne hva slags rettspleie som søkes oppnådd er det ingenting som tyder på at

Brf art. 5 er videre lagt til grunn i en rekke saker fra EFD.²⁴³ Unntakene i Brf art. 5 skal som nevnt på bakgrunn av hensynet til saksøkte ikke tolkes utover de tilfelle Forordningen “*har for øje*”.²⁴⁴ Dette vil si at unntakene i Brf art. 5 ikke skal fortolkes slik at kompetanse blir tilordnet domstoler som ikke kan ivareta hensynene bak bestemmelsene. Ettersom unntakene i Brf art. 5 er begrunnet ut i fra hensynet til en god rettspleie, kan det derfor antas at anvendelsen av unntakene i Brf art. 5 i det konkrete tilfelle da, i tillegg til å føre til en nær tilknytning mellom saken og domstolen, må føre til en god rettspleie.

Domstolen som får saken forelagt plikter da, som vi så i kap. 2.3.1, å vurdere om kravet er oppfylt. For å kunne tilordne kompetanse til domstolen på et avtalt oppfyllelsessted jf. Brf, er det da nødvendig å ta stilling til om kompetansetilordningen fører til en god rettspleie. Dette krever at det først tas stilling til hva som er det nærmere innholdet i kravet god rettspleie.

4.3.1 Innholdet i kravet til god rettspleie

Hva som nærmere ligger i at tilordningen av kompetanse må føre til en god rettspleie går ikke klart frem av forarbeidene til Brf.²⁴⁵

I rettspraksis fra EFD har særlig to elementer blitt ansett for å føre til en god rettspleie og slik ansett for å være relevante ved spørsmålet om kompetanse skal tilordnes en domstol etter reglene i Brf art. 5:

Rettferdig resultat. For det første er det i rettspraksis kommet frem at begrunnelsen for unntakene i Brf art. 5 er knyttet til den utpekte domstols mulighet til å komme til et rettferdig resultat, som ivaretar hensynet til god rettspleie. Dette følger for det første av *Effer*-saken hvor det ble uttalt at jurisdiksjonsreglene i Brf art. 5 bl.a. har til formål å gjøre

begrepene har forskjellig innhold. Det sentrale er som vi skal se at begrepene gir uttrykk for et ønske om å oppnå en rettferdig og effektiv domstolsbehandling ved anvendelsen av reglene i Brf art. 5. Se tilsvarende Øren s. 60.

²⁴³ Bier pkt. 11, Henkel pkt. 46 og Dumez pkt. 17.

²⁴⁴ Se over note 60.

²⁴⁵ Se KOM(1999) og Diana Wallis.

det mulig i ”retssikkerhedens og parternes interesse” å avgjøre ”hvilken national ret der i territorial henseende er bedst egnet til at påkende en sag”.²⁴⁶ Anvendelsen av reglene i art. 5 skal være med på å sikre at kompetanse blir tilordnet en domstol som har de beste forutsetninger for å behandle saken og derved være med på å sikre et rettferdig resultat. En nærmere presisering av innholdet i hensynet til en rettferdig rettspleie følger av *Besix*-saken hvor EFD legger til grunn at dersom domstolen på oppfylleelsesstedet jf. art. 5.1 blir tilordnet kompetanse så vil det føre til en hensiktsmessig rettspleie ”idet det normalt er retten på det sted, hvor den forpligtelse, som er fastlagt i kontrakten, og som ligger til grund for søgsmålet, skal opfyldes, der er bedst egnet til at træffe afgørelse, bl.a. på grund af nærheden i forhold til tvisten...”.²⁴⁷

Det er altså domstolens geografiske plassering nært til tvisten som gjør den godt egnet til å behandle saken rettferdig.²⁴⁸ Dette kan for eksempel være fordi domstolen og partene i saken benytter samme språk eller at domstolen har spesielt god faktisk kunnskap om forholdene på stedet som får betydning ved bedømmelsen av saken. Et moment kan også være at domstolen har særlig god kunnskap om den anvendelige lov slik at man er sikrere på å få et materielt riktig resultat.²⁴⁹

Sakseffektivitet. For det andre er det gjentatte ganger lagt til grunn at unntakene i art. 5 innført av hensyn til organiseringen av saken.²⁵⁰ Dette kommer bl.a. frem i *Besix*-saken hvor domstolen uttaler at ”Kompetencekriteriet i Bruxelles-konventionens artikel 5, nr. 1, er således blevet indført af retsplejehensyn og af hensyn til tilrettelæggelsen af retssagen...”.²⁵¹ Det er særlig hensynet til sakseffektivitet som skal ivaretas ved

²⁴⁶ Effer pkt. 6.

²⁴⁷ *Besix* pkt. 31. Min utheving.

²⁴⁸ Se Effer pkt 6.

²⁴⁹ Dette var fremme i *Ivenel*-saken pkt. 15 hvor domstolen bl.a. drøftet *lex cause* som tilknytningsfaktor.

²⁵⁰ I tillegg til *Besix* pkt. 31 se bl.a. *Tessili* pkt. 13, *Mulox* pkt 17 og *Bumez* pkt. 17

²⁵¹ *Besix* pkt. 31

organiseringen av saken. Dette fremgår klarere den engelske utgaven av *Besix*-saken hvor det heter at anvendelsen av Brf art. 5 skal føre til ” *efficacious conduct of proceedings*”. Tilordningen kompetanse etter unntakene fra Brf art. 2 skal altså forenkle gjennomføringen av selve rettssaken og på den måten føre til en hensiktsmessig rettspleie.²⁵² Det er klart at flere av momentene som jeg har nevnt over i tilknytning til rettferdig rettspleie også vil føre til en mer effektiv behandling av saken. Dette vil for eksempel gjelde dersom domstolen har god kjennskap til språket som benyttes i en kontrakt og på den måten slipper å benytte en oversetter. Eller ved at domstolen har god kunnskap om *lex causae* slik at det tar kortere tid å sette seg inn i gjeldende rett. Begrunnelsen for å legge vekt på momentene er imidlertid en annen når det er sakseffektiviteten som drøftes enn når det drøftes om rettspleien er rettferdig. Hensynet til sakseffektivitet omfatter momenter som er av betydning for at saken kan gjennomføres raskt og mest økonomisk, mens hensynet til en rettferdig rettspleie er knyttet til momenter som er av betydning for om domstolen er egnet til å behandle den foreliggende tvist og dermed sikre et best mulig resultat.²⁵³

I rettspraksis har særlig hensynet til innhenting av bevis vært trukket frem som et moment som kan styrke sakseffektiviteten. Det at en sak har en nær tilknytning til en domstol kan føre til at det er enklere, raskere og mindre kostnadskrevende for domstolen å innhente bevis i saken. Dette var bl.a. framme i *Besix*-saken hvor domstolen ga uttrykk for at unntaket fra art. 2 i art. 5.1 bl.a. rettferdiggjøres ved ”*at bevisoptagelsen herved lettes*”.²⁵⁴ Et moment kan være at alle dokumenter som er relevante for saken befinner seg i domstolsstaten. I litteraturen har det særlig blitt fremhevet at nærhet til mulige vitner i saken kan bidra til å gjøre gjennomføringen av rettsaken mer effektiv.²⁵⁵ Andre momenter kan imidlertid også være av betydning. Eksempelvis kan det tenkes at behandlingen ved en domstol vil gå saktere og medføre høyere økonomiske kostnader enn ved en annen. Det formodes at begge disse hensynene kan bidra til en god rettspleie.

²⁵² Se Øren s. 60.

²⁵³ Øren s. 105

²⁵⁴ *Besix* pkt. 31

²⁵⁵ Øren s. 99-100 og Bygrave/Foss s. 132-133

På denne bakgrunn kan det antas at av nære tilknytninger mellom avtalt oppfyllelsessted og *lex fori* så avgrenses den relevante tilknytning til stedet eller stedene hvor domstolen kan realitetsavgjøre den foreliggende saken med en rettferdig rettspleie og etter en effektiv organisering av saken. Hensynet til en rettferdig rettspleie og sakseffektivitet vil med andre ord virke som retningslinjer for å bestemme om kravet til en god rettspleie er oppfylt i det konkrete tilfellet.

Avveining. I enkelte tilfeller kan hensynet til en rettferdig rettspleie og hensynet til sakseffektivitet trekke i hver sin retning. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom serveren hvor det digitaliserte åndsverk er overført til befinner seg i land A, mens avtalen er formet på land B sitt språk og domstolen i land B har særlig god kunnskap om innholdet i kontrakten. Da vil hensynet til sakseffektivitet peke til land A og hensynet til rettferdighet peke til land B. Problemstillingen blir da hvordan de to hensynene skal avveies. Resultatet av avveiningen vil utelukke den ene domstolen fra å bli tilordnet kompetanse. Hovedformålet med Brf er som nevnt i kap. 2.1 å ”*inden for Fællesskabet at styrke retsbeskyttelsen for de der bosiddende personer*”.²⁵⁶ Dette forutsetter at rettspleien er rettferdig og taler for at hensynet til rettferdighet veier mer enn hensynet til sakseffektivitet.

I rettspraksis har EFD videre lagt til grunn at Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon er relevant for fortolkningen av de fellesskapsrettslige jurisdiksjonsreglene og slått fast at retten til ”*en retfærdig rettergang*” er et av de ”*almindelige fællesskabsretlige*” prinsipper. Dette taler også for at hensynet om en rettferdig rettspleie veier tyngre enn hensynet til sakseffektivitet. Et moment som også kan trekkes inn er at EFD bruker adjektiv som ”*bedst egnet*” når de omtaler hensynet til rettferdig rettspleie, mens slike adjektiv mangler når domstolen omtaler sakseffektiviteten.²⁵⁷ Ved at EFD anvender adjektivene i superlativ, kan det virke som om det legges mer vekt på hensynet til rettferdig rettspleie enn hensynet til sakseffektivitet.

²⁵⁶ Preambelen til Brk

²⁵⁷ Se for eksempel de ovenfor nevnte sitater fra *Besix*-saken.

På denne bakgrunn kan det antas at hensynet til en rettferdig rettspleie veier tyngre enn hensynet til sakseffektivitet, skulle disse trekke i hver sin retning.

4.3.2 Kravet til god rettspleie ved elektronisk handel.

Hvordan kan så tilordningen av kompetanse til domstolen på det faktiske oppfylleelsesstedet for en forpliktelse som skal oppfylles over Internett jf Brf art. 5.1a kan tilfredsstille kravet til en god rettspleie? Ettersom spørsmålet om kravet til en god rettspleie er oppfylt må avgjøres konkret, vil mangfoldet av de momenter som kan trekkes inn vil være forholdsvis stort.²⁵⁸ Derfor begrenses behandlingen av kravets innhold i forhold til elektronisk handel her til scenariet som ble oppstilt i kap 1.2 og 4.2.4. Drøftelsen tar ikke sikte på å være uttømmende. I kap. 4.2.4.2 antok jeg at det faktiske oppfylleelsesstedet for en forpliktelse til å levere en programvare over Internett enten ville være selgers etableringssted, eller kjøpers bosted, og at domstolen på et av disse to steder ville bli tilordnet kompetanse etter art. 5.1a når partene hadde avtalt oppfylleelsesstedet. Av hensyn til avhandlingens lengde vil den videre behandlingen av kravet til god rettspleie bli begrenset til tilfeller hvor domstolen på disse to stedene blir tilordnet kompetanse etter Brf art. 5.1a. Der dette kan virke illustrerende, vil jeg også kort vise hvordan kravet til god rettspleie kan, eller ikke kan, oppfylles dersom kompetansen blir tilordnet domstolen på stedet der en server er plassert.

Sakens effektivitet. Som vi så over er den ene delen av kravet til god rettspleie knyttet til hensynet til sakens effektivitet.

Hensynet til sakens effektivitet knytter seg som nevnt særlig til hvor effektivt bevisinnhenting lar seg gjennomføre. Det er særlig to typer av bevis som antas å være relevante i en sak knyttet til en mangel ved en forpliktelse til å levere programvare over Internett, nemlig dokumentbevis og vitner.

²⁵⁸ Øren s. 105

Vitner. I forhold til vitner kan relevante momenter knytte seg til alt fra innkallelse, transporter til rettslokalet, samt forklaringen for domstolen.²⁵⁹

Når det gjelder selve forklaringen for domstolen anses det som oftest hensiktsmessig at vitner forklarer seg muntlig og umiddelbart for den kompetente domstol.²⁶⁰

Som utgangspunkt kan ikke domstolen i en stat kreve at personer som er bosatt i en annen stat møter som vitner. Det må da foreligge en avtale mellom domstolsstaten og staten der vitnene er bosatt som gjør det mulig for domstolsstaten å kreve at vitnene møter. Ofte vil ikke slike avtaler gjelde for sivile tvister og dersom de gjør det vil kravene for å kreve at en person møter som vitne i en annen sak være strenge.²⁶¹

En løsning kan være at vitneforklaringen opptas i en annen stat enn domstolsstaten. Dette fordrer imidlertid også avtale mellom statene. Mange av statene i EU er tilknyttet Bevisopptakskonvensjonen noe som vil lette bevisopptaket. Dette gjelder imidlertid ikke alle og uansett om det foreligger en slik avtale mellom statene vil en innhenting av bevis fra en annen domstol kunne gå utover sakseffektiviteten ved at innhenting tar tid. Særlig vil dette gjelde dersom hovedforhandlingen er startet.²⁶² I tillegg må kostnadene ved saken antas å bli høyere.

Også rent økonomiske momenter kan som antydning tale for at saken føres nær stedet der vitnene er bosatt. Transporten til rettslokalet vil formodes å bli mindre. Videre må det antas at selve vitneavhøret vil bli enklere dersom saken føres i nærheten av der vitnene bor ettersom domstolen og vitnene presumptivt benytter samme språk. Man slipper da utgifter til tolk.²⁶³

²⁵⁹ Ibid

²⁶⁰ Henvisning Hov I s. 203

²⁶¹ Se for eksempel Lov om nordisk vitneplikt. Se også Øren s. 101.

²⁶² Innhenting av forklaringen skjer ved at domstolen henvender seg til de kompetente myndigheter i landet hvor vitnet er bosatt gjennom en rettsanmodning. Deretter opptar den kompetente myndigheten forklaringen.

²⁶³ Øren s. 103

I en sak knyttet til en mangel ved en programvare kan det for eksempel være ønskelig å innkalle personer som er ansatt hos selger. Disse kan for eksempel ha kunnskap om hvordan rutinene er for oversendelsen av programvare til kunder eller ha kunnskap om hvordan en mangelfri programvare fungerer. Det har formodningen for seg at disse er bosatt i nærheten av etableringsstedet noe som vil gjøre transporten til rettslokalet enklere. Dersom det legges til grunn at domstolen på etableringsstedet utgjør blir tilordnet kompetanse på bakgrunn av Brf art. 5.1a vil kompetansetilordningen kunne øke sakseffektiviteten i forhold til å tilordne kompetanse til domstolen på stedet der selger er bosatt jf Brf art. 2, dersom dette er et annet enn etableringsstedet.

Dersom det legges til grunn at kjøpers bosted utgjør det faktiske oppfyllelsesstedet vil det også kunne tenkes at mulige vitner er bosatt på dette stedet. For det første vil kjøper selv være bosatt på stedet. Videre kan det tenkes at selger i stor grad retter sin markedsføring og sitt salg av programvaren mot kjøpers bosted, slik at det kan være aktuelt å kalle inn for eksempel andre kunder som har kjøpt programvaren.

Som vi ser vil tilordning av kompetanse til domstolen på både selgers etableringssted og kjøpers bosted i det konkrete tilfellet kunne bidra til økt sakseffektivitet i tilknytning til innhenting og avhør av vitner. Dette kan dermed tas til inntekt for at det er domstolen på det faktiske oppfyllelsesstedet for kontrakten som best kan føre rettssaken med en god rettspleie.

Dersom det subsidiært forutsettes at domstolen på stedet for plasseringen av et lagringsmedium der programvaren er blitt lastet opp på og ned fra blir tilordnet kompetanse vil det ofte være tilfellet at ingen av vitnene er bosatt på dette stedet. Plasseringen av et lagringsmedium vil ofte være tilfeldig. For eksempel vil en server i mange tilfeller være drevet av en tredjepart som ikke har noen innvirkning eller kontroll med avtalens inngåelse eller gjennomføring utover sikre at serveren fungerer tilfredsstillende.

Dokumentbevis. Også for dokumentbevis antas det å være en fordel at domstolen er plassert i samme stat som dokumentene befinner seg. Selv om innhenting av dokumenter, i alle fall når det dreier seg om elektronisk informasjon, i utgangspunktet kan gjennomføres like effektivt fra en annen stat enn domstolsstaten vil dette i praksis ofte ikke være tilfellet.²⁶⁴ Dersom de elektroniske dokumentene befinner seg utenfor domstolsstaten vil domstolen være avhengig av at den som har dokumentene i sin besittelse frivillig overleverer disse til domstolen, ettersom domstolen i utgangspunktet ikke kan kreve at personer bosatt i andre stater overleverer dokumentene. For eksempel vil selger ofte være tilbakeholden med å overlevere kundelistene til en domstol.²⁶⁵ Utleveringen kan også for eksempel stride mot intern lovgivning.²⁶⁶ Akkurat som for vitneforklaringer er domstolen avhengig av at det foreligger en avtale om utlevering av dokumentene mellom de to statene.²⁶⁷ Dette kan på bakgrunn av statens interne prosedyrer svekke domstolens effektivitet. Dette taler for at kompetanse jf. Brf art. 5.1a tilordnes en domstol som ligger på samme sted som dokumentbevisene

Dokumentbevisene vil i en sak i tilknytning til en forpliktelse som oppfylles over Internett i hovedsak formodes å bestå av flere typer digital informasjon. Det kan for eksempel være informasjon som knytter seg til selve leveringen, for eksempel hvordan programvarens tilstand var da den ble sendt fra selgers datamaskin. Presumptivt vil denne informasjonen være lagret hos selger på dennes etableringssted. Også andre typer av dokumenter som vedrører programvaren kan finnes på etableringsstedet. For eksempel dokumenter knyttet til programvarens utvikling.

Det vil også kunne tenkes å foreligge en del informasjon på kjøpers bosted. Det kan for eksempel dreie seg om programvarens tilstand da den kom i kjøpers besittelse eller en digitalt lagret versjon av kjøpsavtalen.

²⁶⁴ Se også Øren s. 104

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Bevisopptakskonvensjonen

Oppsummeringsvis innebærer dette at også hensynet til innhenting av dokumentbevis kan tale for at sak blir anlagt ved domstolen på selgers etableringssted eller kjøpers bosted jf. Brf art. 5.1a. Dette kan dermed tale for at det er ved domstolen i den stat som blir utpekt etter Brf art. 5.1a rettsaken best kan gjennomføres med en god rettspleie.

På lagringsmediet hvor programvaren ble lastet opp til og ned fra kan det også være lagret informasjon som kan være av stor betydning i forbindelse med en rettssak i tilknytning til overdragelsen eller tjenesten. Det kan f.eks. tenkes at et webområdet automatisk loggfører informasjon om tilstanden til en digital fil i det den ble gjort tilgjengelig for medkontrahenten. Derfor kan det også tenkes at tilordning av kompetanse til domstolen på domstolen stedet der et lagringsmedium er plassert kan føre til en god rettspleie.²⁶⁸

Rettferdig rettspleie. I tillegg til momenter knyttet til sakseffektiviteten kan også som nevnt momenter som knytter seg til hensynet til en rettferdig rettspleie inngå i en drøftelse av om kravet til god rettspleie er oppfylt. Det er også her tale om en konkret vurdering hvor en rekke momenter kan trekkes inn. Fokus er her forhold som gjør domstolen på oppfyllelsesstedet spesielt godt egnet til å avgjøre saken med et best mulig resultat. Spesielt relevant vil være forhold som gjør domstolen godt egnet til å forstå og vurdere opplysningene som ligger til grunn for saken og de forhold som den foreliggende tvisten har sitt grunnlag i. Når saken blir anlagt for den domstol som har de beste forutsetninger for å for å behandle saken, vil dette øke sannsynligheten for en rettferdig avgjørelse av saken.

²⁶⁸ Jeg har her forutsatt at det kun foreligger et oppfyllelsessted for forpliktelsen knyttet til leveringen av programvaren. Det kan imidlertid godt være at flere oppfyllelsessteder utpeker seg som relevante. I slike tilfeller kan det være at bevisene befinner seg på alle oppfyllelsesstedene. Hvilke bevis det da skal legges vekt på for å avgjøre hvilken domstol som kan avgjøre saken med en god rettspleie må avgjøres konkret. En mulig retningslinje kan være å legge mest vekt på de bevis som i det konkrete tilfelle antas å være viktigst for å klarlegge sakens faktum.

Et moment som kan være relevant er at den foreliggende tvisten skal avgjøres etter *lex fori*, altså den lovgivning som gjelder i den etter Brf art. 5.1a utpekte domstolsstat.²⁶⁹ Det må antas at en domstol er best kjent med de regler som gjelder i domstolsstatens lovgivning noe som kan bidra til et rettferdig resultat. Ved innføringen av Romakonvensjonen om lovvalg har dette momentet fått økt styrke. I Romakonvensjonens art. 4 utpekes, i mangel av lovvalgsklausul eller andre uttrykkelige regler, lovgivningen i den stat som kontrakten har den nærmeste tilknytning til.²⁷⁰ Dersom det er påvist at saken i tilknytning til en kontrakt har en nær tilknytning til domstolen på stedet der faktisk oppfyllelse er skjedd jf. Brf art. 5.1a, dette være seg på selgers forretningssted eller kjøpers bosted, kan dette tale for at kontrakten også i forhold til Romakonvensjonen art. 4 har den nærmeste tilknytning til det utpekte oppfyllelsesstedet. Dette vil føre til at *lex causae* vil være det samme som *lex forum* noe som vil kunne gjøre domstolen på det faktiske oppfyllelsessted har gode forutsetninger for å behandle saken rettferdig.

Et annet moment som kan være relevant er det språk avtalen er utformet på. Dersom avtalen i tilknytning til salget av programvaren er utformet på samme språk som domstolen anvender vil domstolen ha gode forutsetninger for å forstå innholdet i avtalen og komme til et best mulig resultat. Avtalen vil for det føreste ofte antas å være utformet på det språk selger anvender. Dette vil ofte være språket på etableringsstedet. Det kan imidlertid også tenkes at avtalen er utformet på det språk som kjøper anvender på sitt bosted. Dette siste vil særlig være tilfellet når selger retter sin forretningsdrift mot det sted der kjøper er bosatt. Som vi ser kan domstolen både på selgers forretningssted og kjøpers bosted på bakgrunn av språket i avtalen ha gode forutsetninger for å komme til et best mulig resultat.

Et siste moment som kan trekkes inn er at domstolen har spesiell kunnskap om den type handel og avtale som saken omhandler. For eksempel er domstolene i London kjent for å være spesielt kompetente i sjørettsspørsmål. Når det gjelder elektronisk handel med

²⁶⁹ Se *Ivenel*-saken pkt. 15 og Arnt-Nielsen s 150

²⁷⁰ I Norge gjerne kalt den individualiserende metode eller Irma-Mignon-regelen. For en nærmere behandling av den individualiserende metode se Cordes/Stenseng s. 54-56.

programvare er det vanskelig å utpeke domstoler som har spesiell kunnskap om elektronisk handel med programvare. Det kan imidlertid tenkes at domstolen på selgers forretningssted, dersom selger utgjør en dominerende bedrift på stedet der domstolen er plassert, kan ha spesielt god kunnskap om programvaren som selger tilbyr. Dette kan tale for at denne domstol er godt egnet til å komme til et godt resultat.²⁷¹

Som vi ser kan både domstolen på selgers etableringssted og kjøpers bosted være godt egnet til å føre en rettferdig rettspleie. Om dette er tilfellet i den enkelte sak må imidlertid avgjøres konkret.

Plasseringen av et lagringsmedium vil som nevnt ofte være tilfeldig. Det skapes ikke nødvendigvis noen relasjon mellom Domstolen på det stedet der lagringsmediet hvor programvaren ble lastet opp til og ned fra er plassert vil og de avtaler som blir oppfylt ved bruk av lagringsmediet. Tilordning av kompetanse til domstolen på stedet der et lagringsmedium er plassert vil derfor ikke nødvendigvis i seg selv føre til en rettferdig rettspleie.

4.3.3 Oppsummering.

Som denne drøftelsen har vist vil vurderingen av om kravet til en hensiktsmessig rettspleie er oppfylt måtte være konkret. Vurderingsgrunnlaget er bredt og det lar seg ikke uttømmende angi alle momenter som kan komme i betraktning. Drøftelsen gir imidlertid et innblikk i hvilke typer momenter som kan trekkes inn i vurderingen og hvordan vurderingen nærmere skal foretas. Som vist synes det berettiget å hevde at domstolen på stedet der selger er etablert, eller kjøper bosatt, i visse tilfeller kan oppfylle kravet til en hensiktsmessig rettspleie i en tvist vedrørende en forpliktelse knyttet til levering av programvare over Internett. Rekkevidden av de enkelte momenter som er drøftet over må imidlertid ikke overdrives. For eksempel vil en kontrakt ofte la seg forstå selv om den er utferdiget på et annet språk enn det som domstolen anvender til daglig. Det er normalt først

²⁷¹ For eksempel kan det godt tenkes at domstolene i Silicon Valley i USA er spesielt godt egnet til å behandle tvister i tilknytning til programvare.

når flere momenter trekker i retning av å tilordne domstolen som blir utpekt etter Brf art.

5.1a kompetanse at unntaket fra Brf art. 2 rettfærdiggjøres.²⁷²

4.4 Krav til å unngå uforenelige avgjørelse

Problemstillingen i det følgende er om det gjelder et krav til at det ved anvendelsen av Brf art. 5.1a i størst mulig grad unngås at to eller flere domstoler blir tilordnet kompetanse til å realitetsavgjøre en sak med samme parter, grunnlag og gjenstand slik at risikoen for at to eller flere domstoler fatter uforenelige avgjørelser minsker. Dersom et slikt krav ikke stilles vil flere domstoler kunne bli tilordnet kompetanse til å realitetsavgjøre samme tvist.²⁷³ I det følgende vil jeg vise at det stilles et slikt krav i forhold til Brf art. 5.1a.

Av fortalen til Brf pkt. 15 fremgår at det ” *Af hensyn til en harmonisk retspleje er det nødvendigt at mindske risikoen for parallelle retssager mest muligt og undgå, at der træffes indbyrdes uforenelige retsafgørelser i to medlemsstater.* ”²⁷⁴ En situasjon hvor flere domstoler parallelt behandler saker med samme gjenstand, grunnlag og parter kan føre til at det blir truffet uforenelige og motstridende rettsavgjørelser. Dette kan igjen føre til at avgjørelsene ikke blir anerkjent i andre stater enn domstolsstaten fordi avgjørelsen er uforenelig med en avgjørelse mellom de samme parter truffet i den stat som erkjennelsesbegjæringen rettes til. Denne situasjonen vil til en viss grad bli avhjulpet ved litispensreglene i Forordningen.²⁷⁵ Anvendelsen av disse reglene vil imidlertid også kunne gå utover sakseffektiviteten. Det antas derfor at domstolen ved anvendelsen av Brf art. 5 i størst mulig grad må unngå uforenelige avgjørelser. Dette kravet har gitt seg direkte utslag i ordlyden i Brf art. 5.1a hvor det legges til grunn at kompetanse tilordnes ” *retten* ” på oppfylleelsesstedet for kontrakten. Ordlyden taler altså for at kompetanse på bakgrunn av Brf art. 5.1a kun kan tilordnes en domstol. Dersom kun en domstol blir tilordnet

²⁷² Øren 107.

²⁷³ I et slikt tilfelle vil som nevnt litispens-reglene i Brf art. 27flg kunne komme til anvendelse.

²⁷⁴ Uttalelsen blir avgitt i tilknytning til litispens-reglene, men antas å gjelde generelt. Tilsvarende Jenardrapporten s. 23

²⁷⁵ Brf art. 27flg

kompetanse på bakgrunn av Brf art. 5.1a minker risikoen for parallelle saker og uforenelige avgjørelser. Det samme følger av *Besix*-saken som omhandlet en eksklusivitetsklausul som skulle overholdes over hele verden og derfor hadde oppfyllelsessted over hele verden.

Domstolen uttalte generelt at *”det følger af fast retspraksis, at det er tvingende nødvendigt i videst muligt omfang at undgå, at der opstår flere værning for én og samme kontrakt, således at man modvirker risikoen for indbyrdes uforenelige afgørelser, og at man dermed letter anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser uden for den stat, hvor de er afsagt”*.²⁷⁶ På denne bakgrunn kom domstolen til at Brk art. 5.1 ikke var anvendelig. Det antas derfor at det ved anvendelsen av Brf art. 5.1a kun kan utpekes en kompetent domstol og at kravet til å unngå uforenelige avgjørelser derved oppfylles.

I drøftelsen over i tilknytning til hva som utgjorde det faktiske oppfyllelsesstedet ved elektronisk handel så vi at kravet til å unngå uforenelige avgjørelser virket direkte inn på drøftelsen. Det ble antatt at oppfyllelsesstedet måtte legges til selgers etableringssted og kjøpers bosted vil Brf art. 5.1a som oftest kun utpeke en kompetent domstol. På denne måten unngår man at flere domstoler blir tilordnet kompetanse til å realitetsavgjøre samme sak i tilknytning til Brf art. 5.1a. Dersom oppfyllelsesstedet for eksempel var blitt lagt til en stedet der serveren hvor programvaren var klar for nedlasting var plassert kunne man imidlertid fått en situasjon hvor det var flere oppfyllelsessteder for forpliktelsen til å levere programvaren. Det kunne for eksempel være at programvaren besto av flere deler som var lagret på flere servere som var beliggende på forskjellige steder. I slike tilfeller vil ikke hensynet til å unngå uforenelig avgjørelser bli oppfylt, og Brf art. 5.1a må tolkes innskrenkende.

Det kan tenkes man lar det være opp til saksøker å avgjøre hvilken av de potensielle domstolene som skal tilordnes kompetanse. Dette vil imidlertid ofte kunne gi saksøker en urimelig stor innflytelse på kompetansetilordningen når oppfyllelse er skjedd i mange stater. I tillegg har man ingen garanti mot at saksøker parallelt anlegger sak ved flere

²⁷⁶ *Besix* pkt. 27. Se også *DeBloos* pkt. 9, *Shenavai* pkt. 8 *Mulox* pkt. 21 og *Rutten* pkt. 18.

domstoler noe som i sterk grad vil bidra til å øke sannsynligheten for uforenelige avgjørelser.

Videre kan en løsning være at kompetansen tilordnes domstolen på det sted hvor de viktigste delene av forpliktelsen ble oppfylt.²⁷⁷ Hvor dette er, vil imidlertid være vanskelig å fastslå.

Så lenge EFD ikke har uttalt seg nærmere om spørsmålet mener jeg det må legges vekt på ordlyden i Brf art. 5.1a og resultatet i *Besix*-saken hvor domstolen kom til at Brk art. 5.1 ikke var anvendelig på en forpliktelse med flere oppfyllelsessteder. Derfor antas det at Brf art. 5.1a ikke kan anvendes i tilfeller hvor flere kompetente domstoler blir utpekt til å realitetsavgjøre samme tvist. I slike tilfeller må det falles tilbake på Brf art. 2.²⁷⁸

4.5 Krav til forutberegnlighet

Hensynet til forutberegnlighet kan for det første sees som et hensyn som virker inn på tolkningen og anvendelsen av jurisdiksjonsreglene i Brf. Dette fremgår bl.a. av fortalen til Brf pkt. 11: *"Kompetencereglerne bør frembyde en høj grad af forudsigelighed"*.

Problemstillingen i dette kapittelet er om det som det ble lagt til grunn i gjelder et krav til at det ved anvendelsen av Brf art. 5.1a stilles et krav til at den regel som blir lagt til grunn for å utpeke domstolen gjør at saksøker enkelt kan forutberegne hvor han skal anlegges sak og at saksøkte enkelt kan forutberegne hvor han vil bli saksøkt. Jeg vil deretter kort forklare hvordan forutberegnligheten blir ivaretatt ved at kompetansen, som jeg har lagt til grunn overfor, tilordnes henholdsvis domstolen på selgers etableringssted og domstolen på kjøpers bosted.

²⁷⁷ Hertz s. 113.

²⁷⁸ Hertz s. 113 legger til grunn at den beste løsningen er *"to allow the plaintiff suit in any place where an important part of the obligation in question was to have been performed"*. En slik løsning vil imidlertid også bidra til å øke faren for uforenelige avgjørelser. I tillegg vil forutberegnligheten for saksøkte bli svekket.

I *Mulox*-saken uttalte EFD at Brf skal sikre at ”*såvel sagsøgeren let kan afgøre, ved hvilken ret han kan anlægge sag, og sagsøgte med rimelighed kan forudse, ved hvilken ret han kan blive sagsoegt*”.²⁷⁹ Dette innebærer på den ene side at det må foreligge konkrete forhold som gjør at saksøker har en berettiget forventning om å kunne gå til sak mot saksøkte ved den utpekte domstol. Samtidig må det tas hensyn til den saksøkte som i Brf er forutsatt å være den svake part i prosessen.²⁸⁰ Det må derfor også for saksøkte foreligge konkrete forhold som gjør at han kan forutse hvor han vil bli saksøkt. I senere saker har domstolen uttalt at ”*Dette retssikkerhetsprinsipp kræver bl.a., at kompetenceregler, der fraviger den hovedregel, der er fastsat i Bruxelles-konventionens artikel 2, herunder de regler, der følger af konventionens artikel 5, nr. 1, fortolkes således, at en normalt velunderrettet person nogenlunde kan forudse, ved hvilken ret - ud over retten i den stat, hvor han har bopæl - han kan blive sagsøgt*”²⁸¹ At det her stilles et krav til at kompetansetilordningen etter Brf art. 5.1a er forutberegnlig fremgår her ved anvendelsen av begrepet ”krever”. At det stilles et krav kan også sees i sammenheng med at Brf art. 5.1a som nevnt skal fortolkes snevert. Det antas derfor at det kan stilles et krav til at kompetansetilordningen etter Brf art. 5.1a kan er forutberegnlig både for saksøker og saksøkte.

Domstolen stiller som vi ser av den ovenfor nevnte uttalelsen i *Besix*-saken et krav til aktsomhet. Det kreves kun at den ”*normalt velunderrettet*” person skal kunne forutse kompetansetilordningen. Hvilke faktorer som i det enkelte tilfelle må foreligge for at kravet til forutberegnlighet er oppfylt kan ikke slås fast generelt. Det antas imidlertid at det må stilles krav til at det foreligge objektivt konstaterbare faktorer som taler for at kompetansen tilordnes en nærmere bestemt domstol.

Sett i forhold til elektronisk handel formodes det derfor at det ikke er tilstrekkelig at elektroniske data ligger lagret på et lagringsmedium, slik at lagringsmediets plassering utpeker den kompetente domstol jf. Brf art. 5.1. Elektroniske data kan ikke sies å være

²⁷⁹ *Mulox* pkt. 11, også *Rutten* pkt. 13.

²⁸⁰ *Pontier/Burg* s. 45flg.

²⁸¹ Se *Besix* pkt 26. Se også *Concorde* pkt. 24 og *Owusu* pkt. 40.

objektivt konstaterbare. Som nevnt over i pkt. 4.2.4.2 antas det heller ikke at domstolskompetanse som tilordnes på bakgrunn av en servers plassering er forutberegnlig for partene, ettersom lagringsmediet i praksis kan være plassert hvor som helst uten at partene har kunnskap om dette.

I drøftelsen ovenfor antok jeg at tilordningen av kompetanse etter Brf art. 5.1a ville kunne variere med hvordan ytelsen, i dette tilfellet programvaren, er overført. Som utgangspunkt ville domstolen på stedet der selgers etableringssted bli tilordnet kompetanse, med unntak for tilfeller hvor selger opptre mer aktivt for å sette søker i besittelse av programvaren der domstolen på kjøpers bosted ville bli tilordnet kompetanse.

Det må for begge parter antas at selgers etableringssted lar seg objektivt konstatere. Ved fysisk handel vil dette for eksempel kunne gjøres ved at kjøper oppsøker etableringsstedet. Når avtalen oppfylles elektronisk vil det som oftest være vanskeligere for kjøper å oppsøke selger på hans etableringssted. Dersom selger har oppfylt kravet i E-handelsdirektivet art. 5 og opplyst om sitt etableringssted i tilknytning til salget vil det måtte antas å foreligge konkrete omstendigheter som gjør det mulig å forutberegne kompetansetilordningen etter Brf art 5.1a. Dersom selger ikke har gitt slik opplysning og det heller ikke på noen annen måte er gitt informasjon om hvor selger er etablert er det usikkert om kravet til forutberegnlighet er oppfylt.

I tilfeller hvor kjøpers bosted blir ansett for å være det faktiske oppfyllelsessted vil det sett fra kjøpers side måtte være klart at kompetansetilordningen etter Brf art. 5.1a er forutberegnlig. Sett fra selgers side vil kompetansetilordningen ikke alltid virke forutberegnlig ettersom selger ved elektronisk handel ofte ikke vil vite hvem kontrakten er inngått med. For selger vil det imidlertid være enkelt å bringe dette på det rene ved å kreve at kjøper opplyser om hvor han er bosatt før kontrakten inngås. Det kan for eksempel stilles et vilkår i avtalen som er kombinert med en digital sperre som gjør at kjøper ikke kan interagere videre på nettsiden dersom han unnlater å oppgi sitt bosted. Dette ville gjøre kompetansetilordningen forutberegnlig for selger. Domstolen har som nevnt kun stilt krav

til aktsomhet i forhold til forutberegnligheten. Ettersom det er relativt enkelt for selger å bringe på det rene hvor kjøper er bosatt før avtalen inngås formodes det ikke å være aktsomt av selger å unnlate å kreve at kjøper opplyser om sitt bosted.²⁸²

Som vi ser kan domstolen på selgers etableringssted og kjøpers bosted ved elektronisk handel oppfylle kravet til forutberegnlighet jf Brf art. 5.1a.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har vist hvordan jurisdiksjonsreglene i Brf gir partene ved elektronisk handel mulighet til i kontrakt å forhåndsregulere domstolens kompetanse til å realitetsavgjøre en tvist i tilknytning til et kontraktsforhold. Vi har sett at de nasjonale domstoler, for å sikre en konsistent tolkning og anvendelse av jurisdiksjonsreglene, må oppfylle nærmere bestemte plikter når domstolskompetansen skal avgjøres jf. Brf art. 5.1a og 23.1a. Det er særlig redegjort for hvordan disse pliktene begrenser partenes mulighet til å forhåndsregulere domstolskompetansen. Som vi har sett knytter det seg flere usikkerhetsmomenter til anvendelsen av Brf. art. 5.1a og 23.1a på elektronisk handel. For personer som driver elektronisk handel antas denne usikkerheten å føre til svekket forutberegnlighet i forhold til domstolens kompetanse. I fremtiden formodes det at mange av usikkerhetsmomentene vil finne sin løsning gjennom praksis fra EFD.

Mangelen på adekvate tekniske avgrensningsmetoder og uniforme globale jurisdiksjonsregler fører til at personer som driver handel over Internett ikke kan oppnå full forutberegnlighet i forhold til hvor de skal anlegge et søksmål, eller hvor de kan bli saksøkt. I denne sammenheng er det verdt å nevne at The Hague Conference on Private International Law 30. juni 2005 vedtok en konvensjon om internasjonale vernetingsavtaler. Dersom denne blir ratifisert av et tilstrekkelig antall stater, kan dette styrke partenes

²⁸² Hva som blir resultatet dersom kjøper bevisst eller ubevisst oppgir galt bosted vil ikke bli drøftet her.

muligheter til å forutberegne spørsmål om domstolsjurisdiksjon ved grenseoverskridende elektronisk handel. I følge Konvensjonens 2.2n) gjelder imidlertid ikke reglene tvister vedrørende immaterielle rettigheter. Dette fører til at rettstilstanden for kontrakter vedrørende salg av programvare over Internett, som har vært avhandlingens scenario, ikke vil være omfattet. For kontrakter vedrørende slike forpliktelser vil derfor forutberegnligheten for partene ikke bli bedret dersom konvensjonen ratifiseres.

En mulig forbedring for de immaterielle rettighetene kan være kommet i et nylig ferdigstilt "Discussion Draft" utgitt av American Law Institute vedrørende jurisdiksjon og lovvalg for saker i tilknytning til immaterielle rettigheter.²⁸³ Forslaget er enda ikke offentlig tilgjengelig. I hvilken grad forslaget kan være utgangspunkt for en global regulering av jurisdiksjonsreglene gjenstår derfor å se.

²⁸³ Publisert 17. mai 2006 og er utferdiget av Rochelle C. Dreyfuss and Jane C. Ginsburg, web: www.ali.org/ali/pr01May06.htm

6 Kilder

6.1 Litteraturliste

- Arnesen Finn Arnesen *"Introduksjon til rettskildelæren i EF"*, tredje utgave, IUSEF nr. 2, Oslo 1995.
- Arnt Nielsen Peter Arnt Nielsen, *International privat- og procesret*, København 1997.
- Arnt Nielsen(2000) Peter Arnt Nielsen, *EU's forslag til domsforordning*, inntatt i Ugeskrift for Retsvæsen 2000B s.164.
- Brand Ronald A Brand., *Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice* University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series Paper 25 2005 [web: <http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art25> sist nedlastet 12.05.06]
- Briggs/Rees Adrian Briggs and Peter Rees, *Civil jurisdiction and judgements*, Third edition, London/Hong Kong 2002
- Bryde Andersen Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, København 2001
- Christiansen Per Christiansen, *EF-domstolen og Fellesskapets prosessrett*, Oslo 1994
- Cordes/Stenseng Jørg Cordes og Laila Stenseng, *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo 1999
- Eckhoff Torsten Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg. Oslo 2001

Eckhoff/Sundby	Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, <i>Rettssystemer, Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien</i> ", 2. utgave. Oslo 1991.
Fischer	Steven Roger Fischer, <i>A History of Language</i> , London 2001
Foss/Bygrave	Morten Foss & Lee Bygrave, <i>International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law</i> , International Journal of Law and Information Technology Volume 8/Number 2/Summer 2000, Oxford University Press, s.99.
Gjelsten	Gaute Kr. Gjelsten, <i>Formkrav i internasjonale vernetingsavtaler : særlig om Luganokonvensjonen art. 17(1) og tvistemålsloven §36(3)</i> , IUSEF ; nr 24, Oslo 1997.
Halvorsen/Morin	Andreas Halvorsson og Tommy Morin " <i>Elektroniske signaturer, E-affärer utan elände med identifiering, signering och kryptering</i> " Lund 2000.
Heine mfl.	Kasper Heine, Martin von Haller Grønbæk og Jan Trzaskowski, <i>Internetjura</i> , 2. udgave København 2002
Hov	Jo Hov, <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> , Bergen 1998
Hov I	Jo Hov, <i>Rettergang I Sivil- og straffeprosess</i> , Oslo 1999
Nilsen	Ruth Nilsen, <i>E-handelsret</i> , 2. reviderede udgave København 2004
Ruud/Ulfstein	Morten Ruud og Geir Ulfstein, <i>Innføring i folkerett</i> , Oslo 1998

- Krog(2004) Georg Philip Krog, *The Brussels I regulation article 15.1C)Where to are commercial or professional activities directed through the Internet*), Yulex Oslo 2004
- Krog (2005) Georg Philip Krog, *Internett, jurisdiksjon og territoriell avgrensning*, publisert i Lov&Data nr. 81 - Mars 2005
- Krüger Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1991
- Lynden Lynden Carel J.H. Baron van Lynden red *Forum Shopping* London 1998
- Maribu Geir Maribu, *Internett – alt du trenger å vite om Web, e-post, diskusjonsgrupper og søking etter informasjon*, 6. utgave Trondheim 2002.
- Menthe Darrel C. Menthe, *Jurisdiction In Cyberspace:Theory of International Spaces*, 4 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 69 (1998) tilgjengelig på web: www.mttl.org/volfour/menthe.pdf sist nedlastet 20.05.06
- Kaye Peter Kaye, *“Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgements”*, Oxford 1987
- Forder/Quirk Jay Forder og Patrick Quirk *“Electronic Commerce and the Law”*, Singapore 2001
- Bing/Sertor Jon Bing and Giovanni Sertor (eds) *“The law of electronic agents”*, Complex 4/03 Oslo 2003.

- Foss/Bygrave Morten Foss og Lee A. Bygrave “*International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law*”, International Journal of Law and Information Technology 2000 8(2):s. 99-138
- Hertz Ketilbjørn Hertz “*Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*”, København 1998
- O’Malley/Layton Stephen O’Malley and Alexander Layton “*European Civil Practice*”, London 1989
- Phillip Alan Philip, “*EU-IP*”, 2. utgave København 1994
- Pontier/Burg Jannet A. Pontier og Edwige Burg ”*EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of judgements in civil and Commercial Matters according to the case law of the European Court of Justice*” The Hauge: Asser 2004
- Pålsson Lennart Pålsson, “*Brysselkonventionen, Luganokonventionen och Bryssel I-förordningen*”, Stockholm 2002
- Rognlien Stein Rognlien, Luganokonvensjonen, Oslo 1993
- Skoghøy Jens Edvin A. Skoghøy, ”*Tvistemål*”, 2. utgave Oslo 2001
- Svantesson Dan Svantesson, *Geo-location technologies and other means of placing borders on the ‘borderless’ Internet*, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol XXIII, No 1, Fall 2004; s. 101 – 139.

Øren	Joakim S. T. Øren, <i>"Internasjonal jurisdiksjon ved elektronisk handel – Med Luganokonvansjonen art. 5(5) og elektroniske agenter som eksempel"</i> , Complex 3/01 Oslo 2001
Østergaard	Kim Østergaard, <i>Elektronisk handel og international proces- og privatret</i> , København 2003

6.2 Avgjørelser fra EF-domstolen

Arcado	Sag 9/87 SPRL Arcado v SA Haviland Samling af Afgørelser 1988 side 01539
Besix	Sag C-256/00, Besix SA mod Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) og Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog), Samling af Afgørelser 2002 side 01699
Berghöfer	Sag 221/84, F. Berghöfer GmbH & Co. KG v ASA SA, Samling af Afgørelser 1985 side 02699
Bier	Sag 21/76 Handelskwekerij G.J. Bier mot Mines de potasse d'Alsace SA Samling af Afgørelser 1976 side 01735
Boograd	Sag C-220/95, Antonius van den Boogaard mod Paula Laumen Samling af Afgørelser, 1997 side 01147
Concorde	Sag 440/97, GIE Groupe Concorde m.fl. mod kaptajnen på skibet "Suhadiwarno Panjan" m.fl.
Coreck	Sag C-387/98, Coreck Maritime GmbH mod Handelsveem BV m.fl., Samling af Afgørelser 2000 side I-09337

Custom Made	Sag C-288/92, Custom Made Commercial Ltd v Stawa Metallbau GmbH, Samling af Afgørelser 1994 side I-02913
DeBools	Sag 14/76, A. DeBools, SPRL mod Societe en commandite par actions Bouyer, Samling af afgørelser 1976 side 001497
Duijnstee	Sag 288/82, Ferdinand M.J.J. Duijnstee mod Lodewijk Goderbauer, Samling af afgørelser 1983 side 03663
Dumez	Sag 220/88, Dumez France SA and Tracoba SARL mod Hessische Landesbank and others, Samling af Afgørelser 1990 side I-00049
Effer	Sag 38/81, Effer SpA mod Hans-Joachim Kantner, Samling af Afgørelser 1982 side 00825
Elefanten Schuh	Sag 150/80, Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain Samling af Afgørelser 1981 side 01671
Gasser	Sag 116/02, Erich Gasser GmbH mod MISAT Srl., Samling af Afgørelser 2003 side 00000
Handte	Sag 26/91 Jakob Handte & Co. GmbH mod Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA Samling af Afgørelser 1992 side 03967
Henkel	Sag 167/00, Verein für Konsumenteninformation mod Karl Heinz Henkel, Samling af Afgørelser 2002 side I-08111

Iveco Firat	Case 313/85, SpA Iveco Fiat v Van Hool NV, European Court reports 1986 Page 03337 (foreligger ikke i dansk udgave)
Ivenel	Sag 133/81, Roger Ivenel mod Helmut Schwab, Samling af afgørelser 1982 000987
Kalfelis	Sag 189/87 Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co. and others Samling af Afgørelser 1988 side 05565
Meeth	Sag 23/78, Nikolaus Meeth mot Glacetal, Samling af Afgørelser 1978 side 02133
MSG	Sag 106/95, Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) mod Les Gravières Rhénanes SARL Samling af Afgørelser, 1997 side I-00911
Mulox	Sag 125/92 , Mulox IBC Ltd v Hendrick Geels, Samling af Afgørelser 1993 side 04075
Owusu	Sag 281/02, Andrew Owusu mod N.B. Jackson, som driver virksomhed under firmanavnet ”Villa Holidays Bal-Inn Villas”,Mammee Bay Resorts Ltd, Mammee Bay Club Ltd, The Enchanted Garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd og Town & Country Resorts Ltd, Samling af Afgørelser 2005 side I-1383
Réunion européenne	Case C-51/97, Réunion européenne SA and Others v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002, European Court reports 1998 Page I-06511 (engelsk udgave)

Rutten	Sag C-125/92, Petrus Wilhelmus Rutten v Cross Medical Ltd., Samling af Afgørelser 1993 side 04075
Rösler	Sag 241/83, Erich Rösler v Horst Rottwinkel, Samling af Afgørelser 1985 side 00099
Pendy	Sag 228/81, Pendy Plastic Products BV mod Pluspunkt Handelsgesellschaft mbH, Samling af Afgørelser 1982 side 02723
Peters	Sag 34/82 Martin Peters Bauunternehmung GmbH v Zuid Nederlandse Aannemers Veren Samling af Afgørelser 1983 side 00987
Porta-Leasing	Sag 784/79, Porta-Leasing GmbH mod Prestige International SA, Samling af Afgørelser 1980 side 01517
Salotti	Sag 24-76, Estasis Salotti di Colzani Aimo et Gianmario Colzani v Rüwa Polstereimaschinen GmbH, Samling af Afgørelser 1976 side 01831
Schotte	Sag 218/86 av 09.12.87 Schotte GmbH mot Parfums Rothschild S.a.r.l., Samling af Afgørelser 04905
Segoura	Sag 25-76, Galeries Segoura SPRL v Société Rahim Bonakdarian, Samling af Afgørelser 1976 side 01851
Shenavai	Sag 266/85, Hassan Shenavai v Klaus Kreischer, Samling af Afgørelser 000239

Somafer	Sag 33/78, Somafer SA mod Saar-Ferngas AG, Samling af Afgørelser 1978 side 02183
Tacconi	Sag C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), Samling af Afgørelser 2002 side 07357
Tessili	Sag 12/76, Industrie tessili italiana / Dunlop AG, Samling af Afgørelser 1976 side 01473
Tilly Russ	Sag 71/83, "Partenreederei Ms. Tilly Russ og Ernest Russ mod N.V. Haven- & Vervoebedrijf Nova og N.V. Goeminne Hout", Samling af Afgørelser 1984 side 02417.
Zelger	Sag 56/79, Siegfried Zelger v Sebastiano Salinitri, Samling af Afgørelser 1980 side 00089

6.3 Offisielle rapporter til Brüssel- og Luganokonvensjonene

Jenard-rapporten	P. Jenard " <i>Report concerning the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters</i> " (Official Journal 1979 C 59 s. 1-70)
Schlosser-rapporten	P. Schlosser " <i>Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and United Kingdom of Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters and to the protocol on its interpretation by the Court of justice</i> " (Official Journal 1979 C 59 s. 71-151)

Kerameus	K.D. Kerameus “ <i>Council Report on the accession of the Hellenic Republic to the Community Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters</i> ” (Official Journal 1986 C 298/1).
Cruz-rapporten	Almedia Cruz, Desantes Real and Paul Jenard “ <i>Rapport om konventionen om Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse af konventionen om retternes competence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, samt af protokollen vedrørende Domstolens fortolkning af denne convention med de tilpasninger af disse, som er foretaget ved konventionen om Kongeriget Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands tiltrædelse samt ved konventionen om Den Hellske Republiks tiltrædelse</i> ” (De Europæiske Fællesskabers Tidende 1990 C 189/06)
Jenard/Möller	Report by P. Jenard and G. Möller “ <i>Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988</i> ” (Official Journal 1990 C 189/07)”

6.4 Forarbejder til Brf

KOM(1999)348	Forslag til Rådets Forordning (EF) om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager KOM(1999) 348 endelig udgave
--------------	--

Diana Wallis	Report on the proposal for a Council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (COM(1999) 348 – C5 -0169/1999-1999/0154(CNS)) Committee on Legal Affairs and the Internal Market Rapporteur: Diana Wallis
	Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning om forslag til Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (KOM(1999) 348 - C5-0169/1999 - 1999/0154(CNS))
KOM(2000)689	Ændret forslag til Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, KOM (2000) 689

6.5 Direktiver, forordninger og protokoller fra EU

E-handelsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked ("Direktivet om elektronisk handel")
Fjernsalgsdirektivet	Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne, EFT L 271 af 9.10.2002

Brüsselforordningen	Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. desember 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område
---------------------	---

6.6 Konvensjoner og traktater

EF-traktaten	Traktat av 25. mars 1957 om opprettelse av Det europeiske fellesskap
--------------	--

Brüsselkonvensjonen	Konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 17), som ændret ved konventionen af 9. oktober 1978 om Kongeriget Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands tiltrædelse (EFT L 304, s. 1, og - den ændrede tekst - s. 77), ved konventionen af 25. oktober 1982 om Den Helleniske Republiks tiltrædelse (EFT L 388, s. 1), ved konventionen af 26. maj 1989 om Kongeriget Spaniens og Den Portugisiske Republiks tiltrædelse (EFT L 285, s. 1) og ved konventionen af 29. november 1996 om Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse (EFT 1997 C 15, s. 1)
---------------------	---

Bevisopptakskonvensjonen	Konvensjon om bevisopptak i utlandet på sivil- og handelsrettens område av 1970
--------------------------	---

Foreldelseskonvensjonen	Konvensjon av 14 juni 1974 om foreldelse i internasjonale kjøpsforhold
CISG	UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980
Luganokonvensjonen	Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988
Amsterdamtraktaten	Amsterdam-traktaten om endring af Traktaten om Den Europeiske Union, Traktatene om Opprettelse av det Europiske Fællesskap og visse tilknyttede akter. Traktaten ble undertegnet den 2. oktober 1997 og trådte i kraft 1. mai 1999
Romakonvensjonen	Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (konsolideret udgave) EF-Tidende nr. C 027 af 26/01/1998 s. 0034 – 0046
Haakonventionen om vernetingsavtaler	Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements
Konsolidert utgave av EF-traktaten	Konsolideret udgave af traktaten om opprettelse af det Europæiske Fællesskad, EF-Tidende nr. C 325 af 24. december 2002

6.7 Norske lover

Tvml Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13.august 1915
nr. 6

 Lov om nordisk vitneplikt 21. mars1975 nr. 9

Kjl Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr 27

6.8 Nasjonale forarbeider

Ot.prp. nr. 31(2002-2003) Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven).

6.9 Nettsider

www.the-cloack.com, sist besøkt 24.03.2006.

www.anonymouse.org, sist besøkt 24.03.2006.

www.svantesson.org/svantesson4geocircum.htm, sist besøkt 24.03.2006.

www.sprakrad.no/templates/Page.aspx?id=270, sist besøkt 27.04.2006.

6.10 Andre dokumenter

Global Internet jurisdiction: *The ABA/ICC survey*, utført av

The American Bar Associations Business Law Section, Cyberspace law Committee,
International Chamber of commerce and Internet law and Policy Forum [web:

<http://www.abanet.org/buslaw/newsletter/0023/materials/js.pdf>, sist besøkt 25.05.2006].

Black's law dictionary - 8th ed St. Paul, Minn 2004.

7 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>